Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE ROMA
202
11 F
13

Digitized by Google

Digitized by Google

VII

SUL QUESITO:

CASSAZIONE O TERZA ISTANZA?

RELAZIONE

letta nei giorni 29 e 30 aprile p. p. dall'Avv. Cav. Giovanni Carcano
alla Commissione speciale incaricata dalla
Associazione degli avvocati di Milano per lo studio della tesi.

Estratto dal *Monitore dei Tribunali*
Edizione riveduta e corretta dall'Autore.

MILANO
STABILIMENTO REDAELLI

1866

Digitized by Google

A chiunque proceda a trattare di questo quesito, che si usa enunciare colla formola: Cassazione o Terza Istanza, deve riescire quanto agevole il dire, altrettanto difficile dire cosa nuova; e gli sarà tanto facile il formarsi un'opinione viva e decisa per sè stesso, quanto difficile il far accettare la propria persuasione ad altri.

La tesi, ripresa recentemente in Italia officialmente, ed anche dalla libera scienza, come quesito di attualità per l'ordinamento della nostra magistratura, fu discussa variamente e dibattuta calorosamente, per modo, che talora parve gara di opposti partiti; e provocata da un tema di disciplina legale, cominciata colle modeste proporzioni di uno studio di regolamento giudiziario, venne mano mano allargandosi, fino a radere gli ardenti problemi della metafisica, ed a sposarsi a programmi che eccitano in altre scienze le passioni non meno delle

Digitized by Google

menti. — E da un lato fu invocato il principio di autorità e di ordine; e si disse, che, senza la regola della Corte di cassazione, non può essere uniformità di giurisprudenza; senza uniformità di giurisprudenza non può essere unità di legislazione; senza unità di legislazione non più unità di patria; e si asseverò che senza la Cassazione sarà l'anarchia della giurisprudenza, la congiura delle minori magistrature contro le nuove leggi ed i principii dei tempi nuovi, e si previdero combattuta la civiltà ed impossibile il progresso. — E dall'altro lato si invocò il principio di libertà, e si gridò contro il monarchismo, contro l'assolutismo intronizzati nella suprema Corte, contro il monopolio della scienza, contro il dogma introdotto a governo della giurisprudenza, contro la chiesa trasportata nei tribunali; e, a nome della dignità umana e della coscienza, si protestò contro il giogo imposto da una umana autorità alla ragione ed alla coscienza.

Così la questione, non solo andò crescendo in proporzioni, ma venne pure attaccandosi a ciò che vi ha di più vivo e di più irriducibile nell'umana natura, il sentimento.

Non vi farà quindi meraviglia, se, incaricato da voi onorevoli Colleghi di riferirvi su questa materia, vi parrà che io abbia fatto poco più che riprodurre e raccogliere; ed aggiungere un voto, che, certo, non sarà grave scossa alla bilancia; e mi tollererete, se in un argomento così combattuto, anche la mia parola vi sembrerà talvolta diventare battagliera, e il resoconto vi sentirà di polemica.

Digitized by Google

Quando si domanda: quale delle due istituzioni, Cassazione o Terza Istanza, si presenti come il migliore compimento di un ben ordinato sistema giudiziario, parmi ben naturale che si prenda per primo criterio questo: il ricercare, quale fra le due istituzioni meglio corrisponda agli intenti speciali dell'ordine giudiziario; quale, a così dire, fra le due istituzioni, contenga in sè maggiore e più genuina parte di elementi giudiziari: ed a quest'uopo cominciare dallo stabilire ben netta e precisa l'idea dell'ordine giudiziario e del giudice. — Il supremo giudice non può essere di natura diversa dall'ultimo giudice; e primo ed ultimo debbono presentarvi l'idea categorica medesima. E in vero, per quanta opportunità potesse accogliersi nell'una o nell'altra di queste due istituzioni sotto altri rapporti, se quella che aveste prescelto non corrispondesse a quegli scopi, che debbono essere lo scopo comune di tutta la istituzione giudiziaria, con tutta la sua prestanza e la sua nobiltà, essa sarebbe un'intrusa, nè potrebbesi ricevere nella famiglia giudiziaria: e non potremmo riceverla, perchè già potremmo essere certi *a priori*, ch'essa non vi porterà nè omogeneità di indole, nè uniformità di pensieri, nè concordia di mezzi e di fini; e che, dopo le prime accoglienze oneste e liete, finiremmo alle antipatie ed ai contrasti, e ad aver messo la discordia nella casa.

Io mi affretto a dire che questo criterio che io pongo come primo, e che a me sembra il processo indicato dalla natura medesima delle cose,

ben lungi dal raccogliere intorno a sè, come postulato comune, le menti, è esso stesso il punto dove comincia e dove più ferve il contrasto. Vi ha infatti una opinione che sostiene in contrario, agitarsi qui, anzichè una questione puramente giudiziaria, un interesse altamente politico; ed essere questo il lato a cui debba specialmente aver riguardo chi voglia trattare nelle sue vere proporzioni la tesi: ed è codesta una opinione, che, professata più o meno apertamente, si trova in fondo al pensiero di tutti i sostenitori del sistema della suprema Corte. Io farò diretta risposta anche a tale opinione nel processo di questa relazione, ove dirò l'animo mio anche sulle intromittenze della politica nelle istituzioni giudiziarie; ma la farò alloraquando potrò presentarvela giustificata dagli esempi che avremo incontrato per via, e quando, più che una risposta, potrà sembrarvi una conclusione. Ma ora permettetemi, che, pigliando la materia così come io so intenderla, mi faccia al criterio ed al metodo che vi ho esposto, e cominci colla domanda: che cosa è il giudice?

Nei tempi andati, e non sono molto lontani, quando non solo erano confusi i poteri, ma confuse anche le idee, sarebbesi fatta fatica a porre in netto questo concetto: ma ora esso è entrato nelle menti, fatto ormai patrimonio del senso comune; sicchè io, che già mi professo meno benevolo alla suprema Corte, posso prenderlo da uno dei più illustri propugnatori della medesima. « Ciò che il legislatore è alla nazione » così Meyer

parlando del potere giudiziario « il giudice lo è agli individui componenti la nazione: il carattere distintivo della legge è la generalità, quello della sentenza è l'individualità; la legge speciale per un solo caso non è un controsenso più marcato di quella sentenza, che pretendesse essere comune a molte specie. Il giudice non conosce altro che i diritti ed i doveri dei privati: or non può sacrificar nulla alla pubblica utilità, e deve porre in obblio tutte le conseguenze del suo giudizio per esaminare soltanto ciò che appartiene alle parti: non può stare attaccato se non alla specie che gli viene sottoposta: nissuna possibilità lo concerne, ma il solo fatto quale è dimostrato riconosciuto (1). » — Persona adunque costituita dalla pubblica Autorità, costituita con potere di rendere giustizia, e dire quale è secondo la legge e secondo un dato fatto, il mio ed il tuo nelle private querele, tale è, ridotta al suo più elementare concetto, e quale si raccoglie dalle parole dell'illustre scrittore, questa figura del Giudice. E per questa persona non vi hanno fatti, nè interessi, nè persone, che le persone, che gli interessi, che i fatti, che stanno innanzi ad essa in giudizio, giusta l'assioma: *quod non est in actis non est de hoc mundo;* e non vi ha per essa nè giurisdizione nè potestà, che entro la cerchia di questo piccolo mondo. — Per vero dire la descrizione non starebbe al giudice che per l'ufficio civile: ma io mi fermo a questo, poichè

(1) Meyer, *Istituzioni giudiziarie.*

basta al mio assunto, e basterà alle mie conclusioni.

Il che posto, io verrò ora studiando, come a questo tipo ed a questo giudice corrispondono le due istituzioni della Cassazione e della terza Istanza; cominciando da quest'ultima, perchè di essa sarà più breve il discorso.

Parlando anzi di questa mi basterà il dire, che il sistema delle tre istanze non trovò mai contraddittori in questa sfera di idee. I suoi sostenitori non lo propugnano altrimenti, che come natural parte e corona di un ben assestato ordinamento giudiziario, e come necessario portato del bisogno di togliere l'attrito di due difformi giudizi; e le ragioni ch'essi mettono innanzi sono tutte giudiziarie, tutte ricercate nell'interesse delle parti e della causa; nell'intento cioè di assicurare, sia in ordine di fatto, sia in ordine di diritto, un giusto giudizio alle medesime parti. E qui infatti il giudice che, dal primo all'ultimo stadio della causa, non si occupa che di quelle parti, di quel fatto, di quella querela; e qui il giudice supremo, che, superiore al primo nell'autorità e nel grado, è perfettamente eguale a questo per l'identità degli intenti e della funzione. — Nè su questo punto fanno dissenso pur essi i contraddittori del sistema. La terza Istanza è rappresentata da questi come inutile e pernicioso stadio in cui si permette alle parti di protrarre le loro gare; si previde che colla terza Istanza vi sarà anarchia di giurisprudenza; che la giurisprudenza degenererà certo, chi disse in gretta casistica,

Digitized by Google

chi disse in poetico sentimentalismo: si asserì che la terza Istanza non può portarsi pari alle necessità del governo costituzionale, ed all'altezza di quelle grandi questioni di diritto pubblico e politico, che quind'innanzi diverranno frequente argomento dei pronunciati dell'Autorità giudiziaria; si disse impossibile in un vasto Stato un tribunale che sopperisca al còmpito di pronunciare in diritto ed in fatto in tutte le cause del paese: si disse perfino che un tribunale costituito, come la terza Istanza, con sconfinata autorità sul fatto e sul diritto, potrebbe diventare pericoloso usurpatore contro gli altri poteri dello Stato: fu, in una parola, vivamente attaccata la opportunità del sistema; ma giammai fu messa in dubbio la sua indole e la natura sua prettamente giudiziaria.

Ma il tipo non più corrisponde, e ci scompare quella figura, se ci accostiamo alla Cassazione. Qui nuovi istinti, nuovi fini, nuovi mezzi; e qui nuova storia e tempi nuovi ci vengono innanzi. — Qui dalle armonie del mondo morale, qui dal culto dell'equo e della idea dominatrice degli interessi siamo trasportati agli accorgimenti della politica, ed ai calcoli dell'interesse; e qui un altro ministero e un'altra forma di giudice, che senza persone, senza fatto, senza causa, bandisce ai giudici ed ai popoli, ai presenti e ai futuri gli impersonali oracoli della legge, e, levato sulla natura di ogni altro magistrato, beve, a così dire, alle aure e si libra agli orizzonti del legislatore. — E quanto a storia vi dirò, che, saltando a piè pari tutto l'antico

Digitized by Google

mondo, compreso il romano e tutto il mondo di mezzo, vi bisognerà venire ben avanti coi secoli, per incontrarvi in questa istituzione, della Cassazione, che ora ci si presenta come indispensabile rodigine di quanto vi ha di più antico e di più universale nel mondo, cioè della funzione giudiziaria: — e vi bisognerà venire fino all'anno di grazia 1790; e vi sarà necessità mettervi in mezzo al turbine della rivoluzione francese; e mettervi in quell'epoca, ed in quella Francia, in cui ogni giorno aveva la sua rivoluzione, colle sue passioni, coi suoi impulsi, coi suoi intenti, che si sovrapponevano ai precedenti e si mescevano con essi; in cui il legislatore e l'idolo popolare di quest'oggi montava al patibolo domani; dove un grido di piazza e una frase del giornale di Marat poteva dettare una legge; dove il nuovo era il bello, dove era sapienza l'improvviso, e dove erano uomini, che si vantavano di saper mettere insieme una costituzione in una notte (1); e dove, come ricorda lo Sclopis (2), le sole tre prime assemblee diedero alla Francia più di ventimila leggi.

Io non mi allargherò davantaggio nella storia e nella pittura dei tempi. La storia vi è rilevata abbastanza da questa data 1790. Non potrei però dispensarmi dall'aggiungere qualche speciale cenno sulle cause immediate della istituzione che ci occupa; essendochè nelle origini già si disegni gran parte delle qualità e del temperamento delle cose.

(1) Era questo il vanto che dava a sè stesso Sieyès.
(2) Sclopis, *Dell'autorità giudiziaria.*

Digitized by Google

Ognuno sa come fossero le istituzioni giudiziarie in Francia, prima della rivoluzione francese. Diversi parlamenti, Autorità amministrative e legislative insieme, e che più volte tennero testa al potere dei re, erano pure Autorità giudiziaria che giudicava delle liti dei privati in ultima istanza e, come ora direbbesi, in appello. Così era la regola, e così correvano d'ordinario le cose; ma è facile presumere che tale non potesse essere a lungo il piacere dei re, specialmente allora quando cominciarono a dire: Lo Stato sono io; e che questi, come erano del continuo sul tarpare le ali ai parlamenti, che non ristavano alla lor volta di mettersi colle forbici intorno ai poteri dei re, così dovessero presto sentirsi tentati a volere la loro parte di potere anche nel potere giudiziario. E perchè doveva essere interdetto ai re di sovvenire colla loro autorità, anche negli interessi privati, i cittadini, che alla fin fine erano i loro sudditi? perchè non avrebbero potuto dare i loro ordini in stivali e scudiscio (1) anche alla giustizia? e poichè i parlamenti erano inferiori ai re, chi poteva vietare a questi di cassare il fatto dei parlamenti (2)? Nè certo ai re poteva man-

(1) Era l'acconciamento col quale Luigi XIV si compiaceva di presentarsi spesse volte ai parlamenti.

(2) Questi interventi regi nell'amministrare, e diremo meglio nell'impedire la giustizia, non erano un uso particolare dei re di Francia, ma con diverse forme una abitudine generale dei tempi. Ciascuno sa che questa era anche nell'antico Piemonte; e fu re Carlo Alberto il primo che vi rinunciò coll'editto 30 ottobre 1847, con cui istituì

Digitized by Google

care chi solleticasse ed aiutasse le loro ambizioni, e specialmente, se il parlamento che aveva pronunciata la sentenza era particolarmente inviso, e la parte condannata ben accetta e raccomandata in Corte, perchè non avrebbe questa tentato un ricorso al re? Perchè non fare? e così fu fatto. Il ricorso dalle sentenze dei parlamenti divenne in breve un uso, tanto che vediamo costituito presso i re di Francia un apposito Consiglio col nome di Consiglio dei privati. Siccome poi ben sentivano anche i re, che non fosse pure della loro dignità, nè molto conforme alla regola che essi facessero la parte di giudice, così, anzichè riformarla, cassavano puramente la sentenza del parlamento.

E così continuarono le cose fino alla famosa assemblea costituente, venuta a fare i conti ai re ed ai parlamenti. La separazione dei poteri era una idea ormai acquisita alla generalità delle menti; il disgusto della monarchia il sentimento dei tempi, e stringere il freno al potere dei re la preoccupazione del terzo stato, che era divenuto il nuovo potere dell'epoca: — e, colle resistenze dei parlamenti e dei re, erano a vincere quelle delle cento diverse legislazioni di costumanza o scritte, e di tutte le vecchie abitudini, che si dividevano, nell'ordine civile in ispecie, il territorio

la Corte di cassazione. E, come narra l'avv. Giuriati, questa rinunzia alle *revisioni* ed alle *delegazioni* reali fu uno dei motivi pei quali « il popolo salutò la Corte regolatrice come un beneficio nuovo, senza guardare più in là. » Giuriati, *La Cassazione e le tre Istanze.*

Digitized by Google

della Francia; e, quello che già si faceva sentire minaccioso alleato di queste, il federalismo. E quale più naturale partito, in tali condizioni di cose, di quello di togliere ai parlamenti il potere legislativo e giudiziario; e togliere quest'ultimo anche ai re, riducendolo in apposite magistrature; ed anzi levare su queste, tutela e correttrice ed unificatrice loro, un'alta magistratura, custode di quel deposito, e che conscia rappresentante degli spiriti nuovi del tempo, indirizzasse le opinioni ed apparecchiasse le vie a quei principii che dovevano informare i nuovi codici; e già fosse la figura dell'unica legislazione, e già iniziasse nell'ordine giudiziario, contro le antiche legislazioni e contro il federalismo, quella battaglia, che fu così aspra e sanguinosa a vincere in altro terreno? E a questo modo, sotto l'impulso, ed effetto di sentimenti, di interessi, di intenti al tutto francesi, sorse in Francia, magistratura di tutta la Francia, e magistratura per la legge, questa suprema Corte, erede in parte delle spoglie dei re, e ordinata a fare nell'ordine giudiziario verso le minori magistrature, ciò che facevano i re verso i parlamenti, limitata cioè anch'essa al potere di cassare. — Certamente ragione avrebbe voluto, che prima di deferire a questa magistratura o ad altra Autorità quel monco potere giudiziario, che si era venuto componendo a quel modo nella persona dei re, e vi si era composto così per stare in compagnia degli altri poteri dell'Autorità reale, ragion, dico, voleva che si fosse studiato, se quel potere potesse trasferirsi e ricomporsi tal quale in altra persona diversa dal re; e

quanto corrispondesse agli istinti od alla natura della funzione giudiziaria quella facoltà puramente negativa di distruggere e di cassare, e questo magistrato mezzo giudice, e mezzo legislatore. Ma quei legislatori avevano altro a fare che sperdere il santo entusiasmo in questi minuti studi: e il trasportare era al certo assai più semplice e spedito che non il creare. — Io dirò ancora: siamo in epoca di effervescenza, nella quale le menti imaginose ed accese improvvisano i loro idoli e mettono in simboli le creazioni del loro entusiasmo: e chi vorrà dirmi che le menti che simboleggiavano così la libertà, l'eguaglianza, la fraternità, ed erigevano un culto e riti alla dea Ragione, e imponevano, col nome del genio loro tutelare, nuovo nome ai mesi dell'anno, non fossero tratti dalla medesima china a quest'altra idealizzazione, la legge? Di ciò mi avverrà di tenervi più particolare proposito in altro luogo, dove mi riservo a fare qualche parola anche sulla storia interna della istituzione: ora, a compiere questi brevi cenni sulle condizioni e sulle cause fra le quali questa ebbe nascimento, e che determinarono più immediatamente il suo temperamento e il suo assetto, non vi parrà inopportuno, che io aggiunga qualche tratto anche sulle speciali condizioni della giurisprudenza dell'epoca. E qui, onde vi sembri più autorevole e veritiera la storia, io la verrò raccogliendo quale la trovo in un illustre scrittore francese, in Lerminier.

Già da tempo, cioè con d'Aguessau, e se volete aggiungere, col buon Domat, era cessata la

splendida scuola della giurisprudenza scientifica, trasportata in Francia dal nostro Alciato, superato poi dal francese Cujaccio. Il secolo XVI, come fu l'epoca della grande letteratura, così segna l'apogeo della grande giurisprudenza francese. « Ma già al cominciamento del secolo XVII, le scuole languono, lo studio profondo dell'antichità è abbandonato, cessa la giurisprudenza storica e filologica, e la scienza del diritto stenta a mantenersi nel secolo di Luigi XIV, in mezzo a tanta gloria che le è straniera (1). A quest'epoca cessano i grandi scrittori che crescevano a quella scuola, il foro si adorna di suppellettile letteraria e brilla per eloquenza, ma la scienza decade. » I parlamenti poi, che già furono culla della giurisprudenza pratica francese, e che primi, a guisa dei pretori romani, avevano dato alla Francia una legislazione coi loro arresti, i parlamenti già da tempo avevano disertato, per altre cure, quella loro modesta missione (2). Ridotti al

(1) Ed anche sui tempi presenti così si esprime lo stesso scrittore nella sua prefazione alla storia del diritto. « Io penso che in mezzo al tristo abbandono nel quale è caduta in questi ultimi tempi l'alta giurisprudenza vi abbia urgente bisogno di cominciare pubblicamente degli studi teorici. Perchè dissimularlo! la teoria del diritto è bene lontana d'essere in Francia all'altezza della nostra civiltà, e della nostra intelligenza. »

(2) « I parlamenti cominciarono ad amministrare la giustizia ed a moderare tutti i poteri. A loro la scienza del diritto deve i primi sviluppi che essa ebbe in Francia. Questa educazione tutta storica, che associava del continuo la pratica alla teoria, impresse alla legislazione un

Digitized by Google

silenzio dal dispotismo grandioso e risoluto di Luigi XIV; poi cresciuti di altrettanto in ardire sotto il dispotismo inetto e frivolo dei successori del gran re, già da tempo i parlamenti, perduti nelle gare di potere e nelle ambizioni politiche, avevano quasi interamente dismesso gli offici e le abitudini della magistratura; nè più ormai contavano, per la faziosa loro opposizione ad ogni potere, che non fosse il loro: — opposizione contro gli arbitrii del Governo, non meno che contro i liberali ardimenti dei filosofi, dei quali condannavano alle fiamme gli scritti; contro le dilapidazioni della Corte, non meno chè contro le riforme di Turgot e di Necker; contro la monarchia assoluta non meno che contro la Costituente.

E nuovi bisogni volgevano allora ad altri studi la Francia. La Francia umiliata sotto il peso delle vergogne toccatele negli ultimi disastrosi anni del regno di Luigi XIV, avvilita ancor più sotto la debolezza della Reggenza, insultata dalla immoralità del regno di Luigi XV che governava

carattere di buon senso e di rettitudine, e impedì il nascere delle sottilità e delle finzioni. Nulla di più ragionevole, di più serio dei monumenti della giurisprudenza dei parlamenti. Giammai nazione ebbe un corpo di magistratura così illuminato. Quei magistrati erano giureconsulti abili e profondi, avevano una dottrina, e rendendo i loro arresti creavano una legislazione. » Lerminier. — Mi si perdonerà se uso questo gallicismo *arresti*, parlando di giurisprudenza francese. — Quanto all' ultimo periodo della vita de' parlamenti vedasi Mignet, *Histoire de la Révolution*, specialmente nell' introduzione.

Digitized by Google

colle favorite e coi gesuiti, la Francia, dico, la quale aveva ormai preso a schifo tutte le sue istituzioni, più che il bisogno della giurisprudenza, sentiva quello di costituire sovra altre basi il suo assetto politico: ed alla Francia dei giureconsulti era succeduta la Francia dispettosa e congiurante, la Francia degli economisti e degli enciclopedisti. « Scoppia infine la rivoluzione del 1789. Giureconsulti, dottrine, parlamenti, giurisprudenza, avvocati, tradizioni, tutto si disperde. Le consuetudini sono abolite, il diritto scritto viene cancellato. Una legislazione giovane, audace, rivoluzionaria, prende le redini dello Stato. Mosè riceveva le tavole della legge sul Sinai fra i lampi ed i fulmini; così fra le tempeste e in mezzo alle rovine la fiera nostra rivoluzione ci dava le nostre. Egli è evidente che in questa crisi di innovazioni i nostri giureconsulti dovevano perdere non solo ogni iniziativa, ma bene anche ogni importante partecipazione alla creazione di una nuova legislazione; e che quelli, che volessero prender parte al lavoro, dovessero spogliarsi del genio famigliare alla loro professione, il rispetto per l'antichità, e rinunciare alle abitudini ed al vocabolario della loro scienza (1). Ma anche a prezzo di tutti que-

(1) Come la pensasse la Costituente nel particolare del potere giudiziario lo mostra il seguente tratto che tolgo da Mignet: « In mezzo a tutti questi complotti (della Corte, della nobiltà, del clero, dell' armata) l' assemblea lavorava alacremente alla compilazione della costituzione. Essa decretò la nuova organizzazione giudiziaria della Francia. Tutte le nuove

Digitized by Google

sti sacrifici, essi non potevano fare che obbedire ad una direzione che veniva loro impressa: poichè questa volta l'opinione pubblica era quella che nella sua effervescenza dettava le tavole della legge.... La prima assemblea nazionale lavorò specialmente al diritto politico, di cui l'attuale codice è la carta costituzionale.... L'elemento politico vi predomina nel codice, e la scienza non vi fa la sua comparsa che in una condizione tutt'affatto subalterna... Ed è a felicitarsene anzichè

magistrature furono temporanee. Sotto la monarchia assoluta, siccome tutti i poteri emanavano dal trono, così i funzionari erano nominati dal Re. Sotto la monarchia costituzionale invece, siccome quei poteri derivavano dal popolo, così si volle che da questo fossero nominati i funzionari. Solo il trono fu trasmessibile: gli altri poteri, non essendo la proprietà nè di un uomo nè di una famiglia, non potevano essere nè ereditari, nè vitalizi. La legislazione di quest'epoca è tutta dominata da un principio unico: la sovranità della nazione, e le funzioni giudiziarie ebbero anch'esse questo carattere di mobilità. Il giury..... fu introdotto nelle cause criminali. — Per le cause civili si nominarono dei giudici speciali. Furono istituti dei tribunali sedentari: due gradi di giurisdizione per fornire un mezzo di ricorso contro l'errore, ed una Corte di cassazione che vegliasse alla conservazione delle forme protettrici della legge. Questo potere terribile, quando ritrae dal trono, non può essere indipendente, se non è costituito inamovibile. Ma si credette doverlo rendere temporario allora quando esso divenne emanazione del popolo, poichè essendo dipendente da tutti veniva a non dipendere da alcuna persona. » Mignet, *Histoire de la Révolution*. Chap. III. Chi vorrebbe ora prendere per maestro sino a questo punto la Costituente di Francia?

Digitized by Google

a dolersene, se Pothier fa quasi egli solo le spese del codice civile; e fu assai fortuna che i moderni redattori abbiano trovato Pothier per collaboratore nella precipitosa loro creazione » (1).

Così fra questo concorso di cause generali e speciali, positive e negative, in un momento, che anche Meyer chiama di furore legislativo, sorse, portato di circostanza, anzichè frutto di maturato progresso, effetto di reazione e di ira più che di amore all'idea e passione di più perfetta giustizia, e prima ancora che fossero i codici, sorse questa suprema Corte, ordinata a mantenere e compiere l'opera dei codici, ordinata a questo scopo politico di resistere, di respingere, di unificare col mezzo della sua supremazia sulla giurisprudenza; ordinata, come disse Barnave, uno de'suoi padri, per conservare l'unità monarchica, e impiegare i mezzi più propri a legare tra loro i vari partiti politici dell'impero, a prevenire una divisione che avrebbe potuto condurre al governo federativo. Non occorre il dire che questa istituzione, che reggimentava la magistratura, e poteva all'uopo dare a questa la parola d'ordine dall'un capo all'altro della Francia, doveva piacere al genio di Napoleone, che la portò colle proprie armi e colla propria gloria nel resto di Europa. — E conseguente alla propria storia ed ai propri principii, qual sorse, tale si posò. Poichè anche ora, come bene sappiamo, la suprema Corte di Francia, alla cui forma presero le altre, sebbene posta a

(1) Lerminier, *Histoire du droit*, Chap. V, XII, XX.

Digitized by Google

capo dell'edificio giudiziario, non nasconde i propropri istinti politici, e professa che, straniera alla giustizia od ingiustizia che cade sul solo interesse delle parti (1), essa non è che per la legge, nè si occupa che di questo alto e pubblico interesse di tener levato lo stendardo della legge: e, giudice, non delle cause, ma dei giudici, giudica questi ultimi con un pronunciato, che non ha effetto che per distruggere, e col quale rimette, e come si usa dire *rinvia*, le parti a tentare, se loro piace, l'esperimento di un'altra causa, di un altro giudizio — salvo poi, ad un secondo rinvio, di ingiungere anche la formola, colla quale il nuovo giudice dovrà pronunciare — e dovrà far sembianza che faccia di proprio senno e di propria autorità — la finale decisione della lite fra le parti.

Dopo il già detto parmi di potere ormai rispondere senz'altro anche a questo quesito: se la Corte di cassazione possa annoverarsi fra le istituzioni dell'ordine giudiziario. Io rispondo francamente che no, e vi dirò pure che questo è un giudizio che troviamo nettamente espresso nella medesima assemblea che creava questa suprema magistratura: e lo disse Robespierre; il quale, pure applaudendo alla istituzione, rimarcava che essa non era una istituzione giudiziaria, ma di legislazione, e proponeva che se ne facesse una sezione legislativa.

(1) Meyer ripete ad ogni istante questo concetto. V. opera citata specialmente a vol. 4, lib. VII, e vol. 5, lib. VIII.

Digitized by Google

Io verrò ora a fare più distinto esame su questa istituzione. — Cessato il periodo dell'ammirazione e del plauso, già cominciano anche in Francia le menti a chiedere più esatto conto a sè stesse e a ritornare sul già fatto; e già nella stessa Francia l'incredulità comincia a levarsi intorno al tempio di questa istituzione. E il dubbio è pur sorto nei consigli del nostro Governo, che già per la seconda volta invita allo studio. Così i tempi medesimi incoraggiano, ed incoraggiando, aiutano e fanno sperare non inutile l'esame.

Onde questo abbia ordine, io comincierò dal distribuire la materia, e stabilire, a così dire, il mio piano. Io cercherò primamente, se, e quando la suprema Corte possa ottenere lo scopo a cui direttamente si professa ordinata: la unificazione della giurisprudenza. — Facendomi poi, colla scorta della scienza, sia alla considerazione in genere degli elementi onde si compone questa intellettuale operazione che si chiama il *giudizio*, sia in particolare alla considerazione degli elementi di quella special classe di giudizi che sono i giudizi in senso stretto, cioè i *giudizi legali*, i pronunciati del giudice, verrò ricercando, quanto la suprema Corte possa sostenere quella sua formola, che è: giudicare non cause, ma giudizi; e fare una giurisprudenza che non proceda dai fatti; e giudicare in diritto senza fondamento e giudizio di fatto: — e farò da ultimo più breve discorso sul sistema della triplice istanza. — Nello studio di questi argomenti, io

ho dovuto spesso incontrarmi in altri temi delle discipline legali, i quali, sebbene non facciano parte immediata del quesito, mi parvero legati con questo per naturali affinità. Forse vi sembrerà, che nel discorrere di questi temi, più che dalla necessità delle cose, io mi sia lasciato talora trasportare da particolare mio genio. Ma, pure ammettendovi, che io abbia forse lasciato trascorrere alquanto anche il mio Uomo, vi dirò, che in queste attinenze a me parve vedere una propedeutica indispensabile ad un completo sviluppo della materia: poichè, se entro le cose sta la loro natura, fuori di esse sono le loro origini; e ben lungi sta sovente il segno che misura il raggio della loro virtù, — e non tacerò anzi, che mi è pure sembrato, che in questa parte delle appendici possa non senza alcuna utilità aggiungersi qualche nuovo sviluppo anche a questo argomento, sebbene già così ampiamente discusso da molti e valenti scrittori.

Digitized by Google

I.

Scorrendo di questi giorni alcune scritture pubblicate sulla questione che ci occupa, io avrei dovuto quasi dubitare della storia, e dubitare specialmente di questa Italia in cui vivo. Ho letto, che all' unità e concordia politica di popolo, più che le sue leggi, amministrative e politiche, è necessaria l'uniformità della legislazione civile; e vidi anzi citati ad esempio gli Stati-Uniti d' America e la Confederazione svizzera, che mai non poterono comporsi ad unità (1) — quasi che in queste due federazioni non fosse altra differenza che quella delle leggi civili; e fosse la diversità dei codici quella, che le arresta di correre ad abbracciarsi in una più compatta unità monarchica o repubblicana, e fosse questa differenza di codici quella,

(1) Fremy-Ligneville, *Legge* 1861, n. 54,

Digitized by Google

che recentemente aizzò così terribili le ire del nord e del sud dell'America; e quasi che Roma non abbia saputo conservare la grandiosa sua unità, anche lasciando le loro leggi ai popoli vinti. — Ed ho pur letto, e riletto, che non vi ha uniformità di interpretazione senza Corte di cassazione; e vidi questo tribunale collocato quasi palladio dell'unità italiana in guisa, da dover quasi pensare tra di me, se non fosse attentato di lesa patria il dubitare di esso. Ma risovvenutomi della storia, e postomi in cospetto di questa unità italiana, compiutasi a ritroso di tante differenze di razze, di Governi, di codici, e compiutasi con tanto impeto di popoli, a dispetto dei mentori della scienza legale e dei barbassori della politica, potei con più tranquillo animo ricompormi all'oggetto del vostro mandato, e raccogliere il mio pensiero intorno a questa parola: *uniformità* di interpretazione e di giurisprudenza. Ed eccovi i miei sentimenti.

Credo io pure assai propizia condizione alla unità di un popolo l'unità sua anche nelle leggi civili. Ma vi confesso, che, più ancora che questa unità, a me arride il pensiero di un codice nazionale; di un codice, cioè, espressione del modo di concepire e di sentire del paese negli oggetti del diritto; di un codice fatto a modo dei lavori dei giureconsulti romani; e se volete, fatto a modo del codice francese, il quale, a fronte dei difetti che gli rimprovera la scienza, sorse ad ogni modo composto di tradizioni e di elementi, espresso dalle consuetudini e dalle legislazioni

che la Francia aveva dato a sè stessa, e care e nazionali della Francia. Quanto poi ad uniformità di interpretazione, a questa unità cioè la quale crederebbe minacciata la patria, se al capo Lilibeo un caso legale, a modo di esempio, sul diritto di uso o di abitazione, o su un contratto di soccida, venisse diversamente trattato da qualche tribunale o Corte, che non da un altro tribunale o Corte ai piedi delle Alpi, io vi confesso, che nè ho potuto nè posso comprenderne a giusta misura il valore: — e meno ancora posso comprendere, come una concordia generale tra i fratelli d'Italia possa scaturire dal comando della Corte di cassazione.

Si vuole uniformità di giurisprudenza. Ma *uniformità* non è termine di *qualità*, ma solo di *rapporto:* a cui non si contrappone che il dissimile; che non implica il bene, che non esclude il male; ed è termine, che può stare tanto alla giurisprudenza turca, come alla giurisprudenza francese, e che parla colle imagini del sempre eguale fruire del paradiso, e raccapriccia colla tremenda uniformità dell'inferno. Ora parliamoci netto. E si gradirebbe persino l'uniformità dell'errore? e piacerebbe, purchè si espandesse incontrastata dall'uno all'altro capo d'Italia, anche una giurisprudenza, che fosse rovina di quei principii, pei quali l'unità del codice civile si pone come una delle pietre angolari dell'unità d'Italia? E sarebbe anche con questa uniformità che si crederebbe di poter rendere più saldi gli anelli della catena della nostra politica fraternità?

Digitized by Google

Ben so, che si vuole anzi la Corte suprema, onde metta in fuga l'errore, e sia madre di quella esemplare giurisprudenza, che illuminerà come faro le vie di tutta la giurisprudenza d'Italia. Ma riservandomi ad altro luogo di riferire quanto a queste liete previsioni corrispondano gli esempi, io, in cospetto a tanta promessa, mi faccio tosto a domandare, chi mi entra garante per la Corte? Senza di che io replicherei senz' altro, che male mi affida come guida di verità una istituzione, che comincia dal disconoscere i limiti dell'umana natura, e comincia a piantare nel bel mezzo delle tende dell'errore la stessa sua cattedra. La Chiesa pure vuole l'uniformità del pensiero nei suoi credenti, ed impone a tutti *regulam fidei;* ed essa pure si dice la verità: ma la Chiesa ben sa compiere il proprio sistema; e guarentigia di sua veracità e della verità della regola vi porge la propria infallibilità; ed arra di questa, la Parola del Verbo, e la promessa di Colui, in cui solo si personifica il Vero. La Chiesa ben sa dove comincino e dove finiscano le idee; ma quale è il Verbo che parla alle orecchie della Corte? E quando è che lo spirito discese in forma di fuoco sulle teste della suprema Corte? (1). — E se ci affida co-

(1) Io credo che in queste e in tutte le altre censure e vivacità che io lascerò andare all'indirizzo della Corte, ogni sensata persona non vorrà vedere altra obbiettiva che quella della impersonale istituzione della Corte medesima. Ad ogni modo dichiaro, che chi volesse trovarvi altro mi calunnierebbe.

tanto l'umanità della Corte, perchè non sapremmo rassegnarci alcun poco anche a quella degli altri tribunali?

E io credo veramente, che al tutto fuori di convenienza e di ragione si vada deprimendo il valore delle altre magistrature, per crescere credito ad una sola; e si facciano meno che uomini gli uni, per fare più che uomini gli altri; e si vadano esagerando, per legittimare l'assolutismo, i pericoli della libertà concessa alle minori magistrature; e si vengano persino imaginando errori, che dovrebbero quasi dirsi perversità. — E che? queste magistrature non si hanno già forse come pienamente capaci al geloso mandato di amministrare la giustizia fra le parti private; e non ritenete anzi per fermo, che all'interesse di questa giustizia e di queste parti, basti al tutto il senno di queste magistrature; e tanto che ne fate un supposto di questo stesso sistema della Corte, cui perciò appunto costituite in magistratura speciale, magistratura cioè solo per la legge e non per le parti? O forse la legge pei privati sarebbe diversa dalla legge per la Legge, dalla legge per la Corte di cassazione? — Ben lungi dal volere sollevare oltre discrezione e ragione l'intellettuale livello di queste magistrature, io pure voglio imaginare errori, e dire che saranno degli screzi nei loro giudizi: ma e per questo sarà forse la discordia nel campo di Agramante? e irromperà forse l'anarchia sulla faccia d'Italia? nè più sarà concordia cittadina, nè più sarà per gli italiani un segno dell'unità

Digitized by Google

della patria? nè più sarà questa macchina amministrativa, gigante che stende le branche dall'uno all'altro estremo d'Italia? non più questa comunanza di tutti i cittadini nei pubblici diritti e nei pubblici uffici? non più questi codici, che governano eguali in ogni paese d'Italia la proprietà, la famiglia, il contratto? non più il parlamento? non più questa armata, in cui favellano o si intendono tra loro tutte le lingue d'Italia? Ovvero, che, ciechi d'occhi e di mente, e fatti insensibili a questa grandiosa unità che ci circonda, ci preme, ci alimenta come un'atmosfera, non rimarrà a noi italiani più occhio nè senso, che per questa disgrazia nazionale, cioè alcuni dissidi che garriscono ignorati e negletti nel campo della giurisprudenza? — Io ben so che, quanto a paura, ciascuno ne ha quanta se ne piglia; ma qui parmi davvero udir gridare: accorri uomo che arde la città! perchè ad un fumaiuolo è sfuggita una scintilla; e mi pare un grande lavoro di frasi per l'effetto di gonfiare delle arguzie.

A tranquillare poi, se fosse bisogno, queste paure, io farò alcuni riflessi. — Nei codici vi hanno principii e disposizioni di assai differente natura. Vi hanno di quelle massime morali, che costituiscono il fondo, direi il *credo* del codice, e segnano la elevazione morale di quel codice, ed insieme il grado di civiltà di quel popolo: — vi hanno principii di natura puramente tecnica e logica; a modo di esempio, i criteri che segnano le differenze tra il *jus in rem* ed il *jus in personam:* — e vi hanno

disposizioni tutt'affatto positive e regolamentari, quali le finzioni e le presunzioni di legge, quali quelle che stabiliscono le modalità per una iscrizione ipotecaria. — Ora io ben ammetto, che sarebbe sconcio assai grave che passassero inosservate massime del primo ordine, e dovessimo subire lo scandalo di una immoralità proclamata dai tribunali: ma aggiungo pure, che di queste violazioni io non concepisco pure la possibilità, — meno forse in qualche perduto giudice singolo, in un momento di mente ammalata. Qual giudice, a modo di esempio, pronuncerebbe, che il padre deve obbedienza al figlio; che la moglie, non il marito, è il capo della famiglia; che le femmine non hanno diritto all'eredità dei loro genitori; che non occorre tener fede ai contratti, che è lecito il furto? E se pur avvenisse esempio di tale intellettuale pervertimento, qual sarebbe tribunale o Corte d'appello, che lascerebbe correre di quelle stranezze? e chi potrebbe imaginare, che, anche non denunciato e corretto da un altro superiore Giudizio, quell'errore potesse trovare seguito di imitatori, e non si levasse anzi tosto, a mostrarlo in esempio famoso, ed a troncargli le ali, la pubblica riprovazione e la generale meraviglia? — Quanto poi ad errori tecnici e ad errori formali, senza pur dire, che il pregiudizio di una imitazione sarebbe ben lontano dallo spaventarmi per la incolumità dei codici e della patria, io non ristarò dall'osservare: che o sono vere ed aperte aberrazioni e tali da non potersi dubitare di esse, e risalteranno tanto più facilmente allo sguardo, e rimarranno isolati ed

infecondi accidenti; o si ammette che possa essere ragione di dubbio e di controversia nel caso, e allora io dico, che per me cessano di essere errori, e dico che entrano nel novero di quelle disputabili opinioni, il cui giudicio non è di competenza che della libera scienza. Aggiungete ancora che simili errori non potrebbero essere che di applicazione; applicazioni cioè ad una data specie di fatto; ai quali quindi toglierebbero possibilità di allargarsi e di esemplificarsi le stesse immancabili particolarità di quell'individuo fatto.

Se bene si voglia por mente, io credo che andrà facilmente persuaso ciascuno, che, allo stringere dei conti, non saranno le fallacie, non saranno le vaghezze della giurisprudenza, quelle alle quali avremo imposto il sindacato di questa alta polizia della Corte suprema; ma sarà la inquisizione delle opinioni, sarà la censura di quelle discrepanze, che, come dissi, sono per loro natura di ragione della scienza; e nelle quali anzi questa cresce, come le facoltà crescono nei loro atti, e come negli attriti si sviluppa la scintilla.

Io non mi fermerò qui su questa monarchia senza controllo, che viene a piantare i suoi padiglioni fra le tende ove accampa all'aperto la democratica repubblica della scienza, nè su questa infallibilità tradotta dalla religione ai tribunali per governo della giurisprudenza; nè su questa cattedra magistrale, che ci manda bello e confezionato per tutti, e come una parola d'ordine il diritto; nè mi fermerò a parlare di questa concordia comandata agli intelletti; nè di questa sa-

pienza plastica, costituita pel quieto vivere, a comodo comune, e nel cui grembo, ove potesse avverarsi il suo regno, non mi parrebbe vedere sedere comoda e quieta che la beata ebetudine del pensiero. Di questi argomenti farò parola altrove. Qui invece mi tenta una attinenza; qui, anche a costo di dilungarmi alquanto, voglio parlarvi di un interesse tutto attuale, tutto nostro: e voglio parlarvi di nazionalità di giurisprudenza.

È osservazione in cui consente tutta la scienza, che i codici cominciano l'opera, e la giurisprudenza la prosegue; che i codici pongono i punti direttivi, la trama del diritto, e che la giurisprudenza ricompie. — E ricompie, colla deduzione, quando nel seguito delle conseguenze sviluppa nella naturale sua fecondità, e cresce colla ricchezza de'suoi portati la succinta formola della legge: — e ricompie colla induzione, quando, penetrando sotto la esterior forma dei concreti e dei particolari, li trasforma nella idea espansiva generatrice loro, e generatrice possibile di altri concreti e particolari: — riproducendo così, ricomposto con quel duplice processo, tutto il processo legislativo; ricostruendo così in tutte le sue linee la frase della legge; e tessendo così, filo per filo, la tela di quei criteri, coi quali la legge si allarga nelle analogie; e si piega, senza essere diversa da sè, alle diversità della specie, ed alle contingenze che viene portando mano mano il movimento della vita; e coi quali il legislatore può comprendere con pochi numerati articoli le innumerevoli combinazioni, e la università della vita civile. E io credo che fa-

rebbe ben gretto concetto chi si avvisasse, che la giurisprudenza ripeta. L'interprete, sia di Dante sia di un codice, sia di che che volete, comprende in sè, ed intende con atto del proprio pensiero: nè l'umano intelletto è come recipiente, che, quale riceve, tale riversa; ma è conscia virtù, che in ogni suo atto produce, e, producendo, riproduce sempre sè stessa.

Ma questa giurisprudenza che completa e feconda e fa più ricca e più potente la legge, chi ha diritto, chi ha intelletto per farla? Chi, se non se quel pensiero e quel sentimento medesimo che detta ai legislatori, e forma i codici; voglio dire il sentimento ed il pensiero nazionale? — Io ebbi già a propugnare questi concetti in altro lavoro, nel quale, combattendo il trasporto a Vienna del supremo Senato lombardo-veneto già sedente a Verona, e rispondendo ai propositi di Schmerling, allora ministro d'Austria, e dei giornali di Vienna, di voler comporre una giurisprudenza, che non fosse nè tedesca, nè lombarda, nè ungherese, ma fosse solo una giurisprudenza austriaca, mostrava, come la giurisprudenza non possa crearla, che chi può creare la scienza; che la pretesa di costruire una giurisprudenza, fuori del sentimento nazionale, era pretesa stolta nullameno che quella di chi volesse costruire ad una nazione la sua filosofia, l'arte, la letteratura, la lingua; e che una giurisprudenza nazionale può essere, e può essere nel medesimo modo e nel medesimo senso, in cui presso i diversi popoli vediamo plasmate dal tipo universale dell'umana natura, o pure improntate

Digitized by Google

di genio e di fisonomia nazionale, la lingua, la letteratura, l'arte, la filosofia di ciascun popolo (1). Io ora mi trovo innanzi di nuovo, sebbene mossa da ben diversi e più onesti consigli, quella pretesa che pur voglio dire tedesca; e siamo ancora a voler comporre officialmente la scienza, siamo a volere far produrre altrimenti, che dai suoi naturali fattori, la giurisprudenza; con questa unica differenza che l'officina sarebbe ora in una città d'Italia, e che a fornire la bisogna starebbero una o più Corti di cassazione pure d'Italia. — Facciasi pure un tribunale incaricato di dirigere, correggere, sindacare, ciò che vuol dire mettere insieme una giurisprudenza: noi faremo al più una giurisprudenza fittizia, la giurisprudenza di quel tribunale, ma non la giurisprudenza scienza, non una giurisprudenza nazionale. Ma se il sentimento nazionale non la accolga e la respinga, che avverrà, ed in che cosa approderà all'unità nazionale questa giurisprudenza? — Io rimango ostinato nelle mie antiche opinioni; ed ancora porto avviso, che una giurisprudenza, quale io intendo, e quale io credo sia il desiderato di tutti, non vi è artificio, nè arbitrio di legislatore, che possa comporla. Questa non può farla che il paese, parlante a mezzo di tutti i suoi uomini di legge, de' suoi scrittori, de' suoi avvocati, dei suoi magistrati; viventi in mezzo ai fatti,

(1) *Appendice all'analisi critica del sistema del diritto naturale di Zeiller*, Giornale delle scienze pol. leg. 1850. Fasc. VII.

viventi in continui contatti ed in assiduo colloquio coi sentimenti, cogli impulsi, cogli interessi del paese, e discutendo in mezzo a questo, con diversi intelletti e concorrente virtù, il famigliare problema del diritto.

Ma sarà possibile che questa giurisprudenza si faccia? Io già dissi or ora, ed ora rispondo nuovamente di sì: ma ad una condizione, la quale si è, che la lasciate liberissima; che non disturbiate in alcuna guisa le sue vie; che non mettiate coperchio sul suo pensiero, anche a costo che essa per qualche tempo vada errando, vagando; e vi dica e ridica, e si contraddica; e vi presenti essa pure il fenomeno di quelle titubanze e di quelle incertezze, che sono il naturale processo, e il modo di sviluppo di tutto l'umano intelletto. E ripeto che si farà: poichè qui in Italia già si fece altra volta da quei sommi, che noi invochiamo troppo spesso, ed imitiamo troppo di rado; e si fece senza Cassazione da quei giureconsulti, che, pensando ed operando a distanza di secoli, ci lasciarono un diritto, del quale si disse, che, per omogeneità di pensiero, parrebbe fuso da un'unica mente; quel diritto che Leibnitz paragonava all'opera dei geometri.

Io mi auguro tanto più questa piena libertà concessa alle spontanee espansioni del genio nazionale nella giurisprudenza, in quanto vi confesso che io dubito se possa felicitarmi, che a questo genio sia stata fatta troppo lauta parte nei nostri codici. — Noi abbiamo operato miracoli: ed abbiamo fatto più codici, con

una fecondità, che rammenta quella dei legislatori delle sei rivoluzioni della Francia del secolo scorso: ed abbiamo fatto quanto di più grave e di più serio possa farsi da un popolo; abbiamo cioè fatto il libro, che discorre dell' obbligazione e del diritto, discorre dei più gravi argomenti della religione e della scienza, la famiglia, la proprietà, il contratto: voglio dire il codice civile. Poi, in fine dell' opera, abbiamo applaudito a noi stessi con una soddisfazione, che ricorda quella di Colui il quale *vidit quod essent omnia bona.* E invero il nostro codice civile risponde in molti particolari e per molte specie a desiderati, che invano si ricercano in altri; e, facendo suo pro' dell'esperienza, troncò le radici di molte controversie, che si disputavano nel foro il governo delle discipline legali. Ma l' intuito legislativo, l' occhio cioè e la mente, con cui il legislatore traguarda, e riassume nel proprio pensiero il movimento della vita civile, come l' intuito storico mira lo svolgersi ed il processo dell' umanità; ma la composizione degli enti giuridici; ma il sistema dell' opera, e quel metodo empirico, che si rivela specialmente nel difetto di quelle formole generali, che sono la forma di quegli universali, coi quali solo si può comprendere l'universalità della vita, cioè dei principii; di quelle formole, dico, senza le quali rimane per necessità al giureconsulto il pericoloso lavoro di spremere da sè quei principii dai diversi particolari disseminati nel corpo del codice, tuttociò mi rivela proiezioni del codice francese; e potrei anzi accennare di tali di-

Digitized by Google

sposizioni, che non sono pure francesi, ma prettamente napoleoniche, dell' uomo cioè che metteva la caserma anche nei codici (1). — Ed il codice francese trascina, specialmente la inesperta gioventù ed i pratici, anche alla giurisprudenza francese, la quale ci invita e già ci spiega dinnanzi le ricchezze dei suoi erculei commentatori, dei suoi repertorii e delle sudate sue collezioni, che aiutano cotanto lo studioso a far senza dell'ardua fatica di pensare da sè: giurisprudenza e commentari e collezioni, che io non vorrei introdotti a facile esemplare in Italia, prima che questa abbia preso abitudine a fare da sè, e indirizzare da sè stessa il proprio pensiero. — Deh facciamo almeno, per quanto è possibile, di rendere italiano questo codice con una giurisprudenza che sia lavoro italiano: ed a quest'uopo mettiamo giurisprudenza e codici all'aperto, mettiamoli, a così dire, nella pubblica piazza, sicchè lo innondino d'ogni lato aria e luce ed effluvi d'Italia; sicchè vi concorrano d'ogni intorno, colle loro manifestazioni, per liberissimi sentieri, il pensiero e il sentimento italiano; nè vogliamo fare dittature ed infallibilità, che non possono che comprimere le menti e soffocare l'intelletto; nè fare alcun individuo intelletto la misura di tutto l'intelletto e di tutto il genio d'Italia (2).

(1) Art. 221 cod. civ., che autorizza il figlio minore ad abbandonare contro il dissenso paterno la casa del padre per volontario arruolamento nell' esercito nazionale.

(2) Questi medesimi sentimenti erano quelli che dettavano

Io attendo che mi si dica, che ora sono io che faccio spaventi, e vado cercando fantasmi di dittature e di infallibilità per arte di polemica. — Io dichiaro che non ho paura; e per dirvi tutto il mio pensiero, non ho paura, perchè contro ogni oppressione la natura tiene in pronto la sua difesa: la ribellione. Non tenne Roma papale, quando volle porsi contro la natura; ed io temerei della Corte? Ma ciò non toglie che la Corte, anzichè aiuto, debba riuscire ad essere impedimento, ed essere disturbatrice di quel processo, onde solo può emergere, vivida di naturali spiriti, la patria giurisprudenza: non toglie, che quelle pretese siano nel concetto e nel fondo medesimo della istituzione; poichè nessuno negherà, che la Corte si eriga in scienza imperante, quando, ad un secondo rinvio, impone i propri

all'illustre presidente della Sezione dei ricorsi presso la Corte di cassazione in Milano, commendatore Gaetano Bandi, queste parole « auguro di cuore al Governo dell'Italia risorta la bella gloria di conquistare l'indipendenza legislativa, che tanto conferisce a consolidare l'indipendenza politica; di dar al bel paese leggi del suo metallo, di cacciare lo straniero dalla legislazione ove regna, usurpando alla patria dei giureconsulti romani il primato e l'autonomia anche negli ordini civili. » (Giornale *La Legge* 1861 n. 5). Queste parole si attirarono un aspro rabuffo dal signor Fremy di Ligneville avvocato alla Corte imp. di Parigi, come se l'illustre nostro Magistrato abbia preteso di rinchiudere l'Italia entro *la muraglia della China*. Il signor avv. francese ha torto. Non è che l'illustre Magistrato voglia il muro della China; egli è piuttosto che non vuole nemmeno la muraglia della Francia.

Digitized by Google

dettati ai giudici soggetti; e ciascuno sente la significazione di questa formola, con cui si usa enunciare l'autorità della Corte: *Giudice dei giudici.* — E ciò non toglie perfino, che questa pre-

Confesso, che io avrei voluto ad ogni costo il tentativo di un codice nazionale; cioè di un codice con un concetto, con un piano, con un sistema di compilazione, con un intuito giuridico nostro originale: ed avrei voluto un codice così concepito e compilato, anche a costo di ritardare di alquanto il compimento dell'opera. Ed è questo un sentimento che io espressi sino dai primi giorni del nostro nazionale risorgimento (*Proposta per la istituzione di un insegnamento della filosofia del diritto civile, con un'appendice sulla riforma dei codici civili.* Gazzetta dei Tribunali, *II sem. 1859, nn. 23-29).* È forse un eccesso di egoismo e di orgoglio nazionale; e alcuno dirà anche un' utopia: ma tant'è, quell'orgoglio e quell'egoismo io me li sento, e spero di non essere solo a sentirli; e quanto ad utopia, la questione ne va da questa alla miopia.

Comprendo che non avremmo avuto penuria di imbarazzi in sulle prime; e bisognerebbe intendersi nulla di nulla, per non capirlo tosto: ma considero pure che avremmo avuto questo compenso, che per me è inestimabile, incommensurabile, di imporre specialmente alla nostra gioventù la necessità dello studio, e di imprimere, in questa parte, un grande eccitamento alla intelligenza nazionale: e la giurisprudenza ce l'avremmo poi fatta, e ce l'avremmo fatta nostra nazionale; e sarebbe stato forte esercizio di nazionale virtù. Così invece noi ci troviamo ora lanciati con tutta la persona nel bel mezzo di una giurisprudenza straniera già fatta, cioè della giurisprudenza francese; e i nostri giovani in ispecie si gettano famelici a spogliare le collezioni delle sentenze della Cassazione francese, i commentari, i repertorii, i vocabolari legali, i manuali francesi, e si rimpinzano la mente di brani e di esempi francesi, e si abi-

tesa penetrasse nell'animo di qualche Corte suprema, e la finzione di infallibilità fosse presa da qualche Corte anche più seriamente che non portasse il suo stesso decoro; poichè leggo, che furono alcune Corti di cassazione, che, annullando sentenze di Corti d'appello, dipendenti da loro,

tuano, sempiterni fanciulli, ad essere inconsci ripetitori di frasi francesi, a ripetersi a modo di esempio il panegirico della Corte e quel grande di lei equivoco — e che io sia lo mostrerò in seguito — della separazione del giudizio di diritto dal giudizio di fatto: e tutta la nostra giurisprudenza si riduce ad un gran plagio francese. E così, nel secolo XIX, noi proseguiamo il vezzo di lasciare alla Francia il pensare per noi in giurisprudenza, come nel secolo XVIII le abbiamo lasciato pensare per noi in filosofia. — Quanto poi ad imbarazzi, noi la vedremo in seguito; poichè dall'indigesto lavoro io non so prevedere, che un prodotto egualmente indigesto; e prevedo, che noi legali andremo a finire a non aver più lume di principii, ed a non intenderci più in nulla. —

Non tacerò poi un'altra mia franca opinione. Avrei voluto, che, nello studio degli esemplari, si fosse fatto un po' più tesoro anche di studi germanici. Per quanto poco io ne sappia di letteratura germanica, so, che solo in Germania fervono i grandi studi sul diritto; e so, che anche quello del diritto romano non cominciò che dopo il codice francese; ed è in Germania, nel paese che vi diede principio cominciando dal riformare tutta la storia di Roma. Ed è anche questa una delle mie vecchie utopie, di credere possibile, di credere anzi unica via ad un grande ed universale progresso una più cordiale ed intima unione tra l'antico genio latino, ed il giovane genio germanico, che sono, ad una col cristianesimo, i tre grandi fattori, ed i tre grandi elementi della odierna civiltà.

Digitized by Google

non si peritarono dall' esprimere nei loro motivi, che non entrava pure nel decoro dell'eccell. Corte rispondere a qualche parola di critica arrischiata da quelle Corti subordinate (1). Se non che, quando pure così non fosse, quella stessa ragione che sola mi rassicura contro le esorbitanze, mi farebbe poi argomento a conchiudere almeno alla inutilità della istituzione. La quale potrà bensì turbarne il naturale sviluppo, ma certamente tenterebbe invano di recarsi in mano l' imperio della giurisprudenza, che resiste, che si schermisce, che le sfugge per ogni lato; la quale quindi, come sarà incapace a padroneggiare il movimento della giurisprudenza, così sarà inetta a ridurlo ad unità: ed è ragione che ci conduce da ultimo a questa conclusione, di non poter difendere la Corte dall' accusa di dispotismo, se non colla ragione della sua impotenza.

Sono ora a dimostrarvi quanto vi accennava or ora, che la Corte non può dominare, non può correggere, non può regolare la giurisprudenza; ciò che mi conduce a penetrare con più minuto esame nello studio degli effetti e del modo di operare di questo sistema. E comincerò con un' osservazione che vi farà meraviglia; comincerò accusando di soverchia moderazione e di timidità il procedere della suprema Corte.

Egli è solo, come sapete, ad un secondo rinvio che la Corte detta in forma di comando al tribu-

(1) Avv. Magnani. *Legge* 1865, n. 127.

Digitized by Google

nale soggetto la propria sentenza; e il comando non opera che per quel tribunale e per quella causa. Ma perchè, io dico, questo così limitato potere? perchè questa così timida infallibilità? Ma se la Corte tiene nella mano lo scettro, perchè non lo stende essa, intimando la legge pel presente e pel futuro, per quella e per tutte le cause e per tutti i tribunali? E perchè non si dispone, che ogni pronunciato della suprema Corte sia legge ed operi come la legge? — E non vedete, io continuo, che sta per il tutto la medesima ragione che sta per la parte; e che, senza prendervi il tutto, vi sfuggiranno pure quei vantaggi, che avete creduto di ottenere pigliandovene una parte? Non vedete che il non regolare tutto riesce a regolare nulla? E invero con questo peritoso sistema, per una sentenza che la Corte racconcia, quante altre non le sfuggono? sentenze che non vengono prodotte al di lei sindacato, sia perchè le parti si acquietano al pronunciato dei primi giudici; sia perchè, senza accontentarsi di questo, quelle si rassegnano, per minor male, a rinunciare alla propria ragione piuttosto che affrontare le spese ed i pericoli di un supremo giudice, il quale, anzichè giudicare, rinvia, e rinviando potrebbe involgerle in una selva di cause (1). — Io riporterò in breve alcuni

(1) Su questo proposito giovi sentire ingenua confessione di Meyer: « Con tutte queste cautele può « darsi, ciò non ostante, che la pubblicità delle udien- « ze, dei motivi delle sentenze e dei voti individuali, « e l'istituzione di una Corte regolatrice non bastino « a mantenere l'uniformità di legislazione, e segna-

Digitized by Google

dati statistici per dimostrare, quanto sia scarso il numero delle cause che giungono di fatto innanzi al giudizio della Cassazione: ma prima voglio fermare la vostra attenzione su una classe speciale che ingrossa la famiglia degli affari sottratti a quel sindacato, ed invoco qui la vostra attenzione, perchè vi ha qui luogo a qualche altro più grave e speciale riflesso. — Ciascuno sente come la posizione della suprema Corte possa talora, più che il rispetto, suscitare nei tribunali inferiori il dispetto. « L'idea di un giudice supremo, il quale regoli i giudizi di altri giudici (così l'avvocato Giuriati, al quale domando scusa una volta per sempre, per tutti i furti che sarò per commettere nella sua messe) ha contro di sè l'umana natura, che mal soffre di venire dal prossimo regolata. I magistrati si sentono liberi nelle loro opinio-

« tamente l'applicazione delle leggi in tutto quanto « uno Stato. I ricorsi in cassazione portati ad un tri- « bunale unico, e quindi lontano da molte parti di un « vasto paese; la remissione delle parti ad altro tri- « bunale, anche allora quando si giunge a far cassare « una sentenza; le nuove procedure che ne emergono; « i casi in cui vi ha luogo alla cassazione in seguito di « una seconda sentenza, sia che il secondo tribunale « adotti l'opinione del primo, sia che abbia commessi « altri errori; il dispendio di tempo e di denaro cagio- « nato da siffatte procedure, sono altrettanti motivi ba- « stanti per disgustare molte persone, comunque sia « palpabile la violazione della legge. Parecchi litiganti « antepongono di soffrire in pace una ingiustizia all'in- « golfarsi in cause delle quali temono di non vedere la « fine; altri hanno timore delle spese della procedura.... « così la massima parte delle violazioni della legge ri-

Digitized by Google

ni, e non si compiacciono punto di essere invitati a giudicare col pensatorio altrui. Ora che cosa avviene in pratica? I giudici regolati adoperano tutta intiera la libertà d'arbitrio, che la legge loro consente, a mantenere le proprie opinioni; e non paiono preoccuparsi gran fatto degli insegnamenti loro impartiti dalla Corte regolatrice. Anzi gli annali della giurisprudenza rivelano a questo riguardo un fenomeno assai curioso; ed è, che una maniera di solidarietà tacita, ma potente, si è costituita tra le varie giurisdizioni inferiori, per attuare la ribellione scientifica alle dottrine che la Corte vuol far prevalere. Il fenomeno di questa reazione si avverò in frequenti contingenze in Francia e nelle nostre antiche provincie. » E qui accenna lo scrittore ad esempio un caso di collazione ammessa e sostenuta, e che pur si continua a sostenere da tutte le Corti delle antiche provincie, anche a fronte che già

« mane in tronco per volontario assenso delle parti. » Senonchè, anche dopo queste parole, Meyer, per nulla impensierito per le parti cui il rovinoso sistema condanna a rinunciare alla giustizia, ma preoccupato solo di questo, che l'abbandono delle parti lascerà impunite molte violazioni di legge, propone, rimedio per tutto, la cassazione invocata d'ufficio dal Pubblico Ministero, la quale, come ognun sa, non giova nulla alle parti. — L'onorevole Boggio poi mostra, che nel sistema della Cassazione sono necessarie almeno cinque sentenze per vedere definita una controversia; e spesso ce ne vorranno fino nove, se nasca durante quella serie di giudizi un qualche incidente di procedura. Discorso alla Camera 20 febbraio 1865.

Digitized by Google

per sei volte la Corte di Torino avesse cassato la loro decisione e pronunciato contraria sentenza. — Io non mi fermerò qui a dire, quale impressione possa esercitare sull' opinione del pubblico, e qual rispetto procacciare alla magistratura, ed alla Corte in ispecie, questa scaramuccia, nella quale il pubblico finisce a non vedere più che la pertinacia dei combattenti (1): ma, attenendomi al mio soggetto, continuerò dicendo, che tra i mezzi di reazione adoperati dai tribunali inferiori vi ha pur questo, che apprendo dallo stesso avv. Giuriati, che siccome la Corte suprema non può entrare nella parte del fatto e nell'apprezzamento degli aggiunti che coloriscono la causa, così suole essere questa la solita scappatoia dei giudici che vogliono sottrarre il proprio responso al taglio dei superiori; ciò che vuol dire che i giudici inferiori si ingegnano a colorire i motivi del proprio giudicato per modo, che questo appaia fondato sovra un apprezzamento di fatto (2).

(1) « Ed è poi ancora più naturale, che il pubblico, assistendo allo spettacolo incessante di simili dissensi, dubiti di ciò sopra cui nessuna dubiezza debba esser lecita: vale a dire sulla giustizia. Il pubblico, giudice vero e terminativo, si pronuncia anch'esso alla sua volta; e sapete per chi? Rispettoso amico della maggioranza, propende inevitabilmente per la decisione dei cento, come fosse la buona, perchè sorretta da maggior numero di suffragi » *Giuriati.*

(2) E non è un mistero per nessuno, e nessuno se ne fa meraviglia, che tale usanza fece tosto il suo ingresso anche in Lombardia sino dal primo entrarvi della Corte, ed ora vi domina. Sentenze succinte, motivazione di fatto, guardatevi dal diritto: questa è la prammatica.

Ora, a raccogliere approssimativamente il numero delle cause, che per l'uno o per l'altro motivo evadono le censure della suprema Corte, valgano i seguenti dati che rilevo dal più volte lodato avv. Giuriati. Nel 1847-1848 le Corti d'appello pronunciarono in civile una media di 4866 sentenze: nei medesimi anni, 227 furono i ricorsi introdotti alla Cassazione. Nell'anno 1855 la Cassazione pronunciava 171 sentenze in materia civile: i magistrati d'appello ne emettevano 4666. Nel 1857 la Corte regolatrice rende 250 sentenze; e sono 5075 le decisioni pronunciate dalle Corti. — E tutta questa varia miriade di sentenze non regolate dalla suprema Corte entra anch'essa nelle collezioni di giurisprudenza; ed essi pure, questi giudicati, sono studiati, comentati, citati dai causidici e dagli avvocati, ed essi pure dirigono le menti dei giudici; formando così tutti insieme una vasta giurisprudenza che cresce, non solo fuori della sorveglianza della Corte, ma perfino in aperta ostilità con essa.

Io sono del parere di Cambon, riferito da Mittermaier, il quale nel 1837 alla Camera dei deputati in Francia faceva proposta, che la interpretazione della legge adottata dalla Cassazione dovesse vincolare tutti i tribunali della Francia, e la Cassazione medesima. — O pigliare risolutamente posizione fra gli immortali, o starsi al tutto fra gli uomini: una mezza umanità, ed una mezza divinità non produrranno effetto, che di non lasciarci nè il divino, a cui nessuno può pretendere, nè l'umano, a cui tutti dobbiamo aspirare.

Digitized by Google

L'opinione di Cambon or ora toccata mi condurrebbe a dire di un'altra ragione, che si aggiunge alle già dette, a scemare i beneficii della Corte; e mi condurrebbe a mostrarvi come la Corte, colle oscillazioni della propria, accresca incertezza e divenga essa stessa causa diretta di perturbazione a quella giurisprudenza, di cui dovrebbe essere infallibile regola ed esempio. Ma onde porre un po' di ordine nella materia, voglio in prima accennare ad un'altra classe di cause, le quali pure rimangono senza la regola di quel supremo giudizio: e sono tutte quelle che vengono bensì portate innanzi alla Corte, ma che questa licenzia, prima ancora di entrare nel sindacato di merito, e ciò per una ragione, ossia per un difetto di forma. — Non parrà vero. La Corte è costituita ad unificare la giurisprudenza; e la disciplina della Corte è ordinata per modo, che la giurisprudenza non possa pervenire alla Corte. — La Corte è istituita onde censuri i giudici inferiori, e si fa il possibile, onde la Corte non faccia conoscenza delle sentenze di questi, tante sono le difficoltà di rito e le clausole penali, che custodiscono l'ingresso al tempio della Corte suprema, e che impediscono che il sacerdote senta il caso vostro, e vi renda i suoi responsi; che impediscono cioè che la Corte pronunci sul merito dell'affare. Quando avrete fatto in regolare modo il vostro deposito — che perderete se la Corte respinge la vostra istanza — ed avrete così ottenuto, che il ricorso tocchi le soglie di quell'alto tribunale, voi nonsiete ancora che

Digitized by Google

in principio della difficoltà; poichè mille sono i motivi, e le questioni pregiudiziali, pei quali la Corte può e deve respingervi, senza entrare nel giudizio della causa. Per accennare un solo motivo, sul quale dovrò ritornare e fermare la vostra attenzione in seguito, la Corte può rigettarvi il ricorso per la ragione che voi ricorrente, voi a cui incombe obbligo di precisare i mezzi e designare nettamente e col loro numero gli articoli di legge che credete violati, voi, dico, o abbiate ommessa, o fatta non abbastanza chiara la citazione dell'articolo, ovvero abbiate alla rinfusa citato più articoli. E così riesce ordinato, non per male avvisato consiglio, ma per deliberato proposito; pel motivo cioè, che la Corte è un rimedio straordinario, nè deve essere facile, nè comune il penetrare nei recessi della Corte. — Mi manca il mezzo per potervi dire con dati statistici, in quale ragguaglio stiano i ricorsi respinti dalla Corte di cassazione per una delle mentovate ragioni di forma, in confronto di quelli nei quali la Corte conobbe del merito; vi presenterò ad ogni modo le seguenti cifre, che segnano il numero degli annullamenti, e quello dei rigetti. La Cassazione di Torino nel 1849 pronunciò in materia civile 10 rigetti, e 15 annullamenti, che sono quindici ricorsi esauditi: nel 1850 furono 19 annullamenti e i rigetti ascesero a 43: nel 1857 furono 100 annullamenti, e i rigetti si avanzarono fino a 150. — Ecco adunque una terza specie di cause aggiunte a quelle che ho già mentovate, a quelle cioè nelle quali le parti ri-

Digitized by Google

nunciano al rimedio del ricorso, o che i tribunali inferiori si studiano di rendere non passibili di ricorso; un'altra specie, dico, che ingrossa ancor più la già numerosa falange degli affari vaganti eslegi fuori della influenza unificatrice della Corte.

Sono ora a dirvi dei casi nei quali la Corte medesima disordina per fatto al tutto proprio, ed è ostacolo alla unificazione: ciò che mi conduce a dire della ragione della proposizione di Cambon, che ho riferito poco sopra. La ragione sta nelle frequenti mutazioni, che la Corte stessa viene introducendo nella propria giurisprudenza per effetto di diverse cause; sia, cioè, per effetto di spontanei ravvedimenti sopravvenuti nella coscienza de' suoi membri; sia per effetto delle nuove opinioni recate dai nuovi membri che sopraggiungono a riempiere gli stalli, che morte od altri casi vuotano nei ranghi della Corte. — Egli è facile immaginarlo: talora è la Corte medesima, sono cioè gli stessi suoi membri, che si ricredono; o, come dicono altri, è la Corte che progredisce. I giudici poi, che, sedendo in appello, ebbero le sentenze loro riformate dalla Corte suprema, venuti in seguito a prender posto in questa, portano seco le loro antiche opinioni, colle quali si apprestano a censurare alla loro volta gli antichi loro censori, e con questi quelli che continueranno ad opinare con essi. E chi sia vago di conoscere con più dettaglio i principali punti, nei quali variò la giurisprudenza di quella esemplare Cassazione, che è la francese, non

Digitized by Google

ha che a prendersi Dalloz; al quale io aggiungo la seguente testimonianza di Mittermaier: « Di tal guisa è chiaro in Francia, che la Corte di cassazione non è una garanzia per l'unità della giurisprudenza, e per la certa interpretazione della legge. Discorrendo il voto di pratici esperimentati francesi, e confrontando il corso della giurisprudenza, si ha il seguente risultato. L'uniformità della giurisprudenza della Corte di cassazione, per interpretare le leggi e conoscere della questione di diritto, vi si cerca inutilmente. » Viene quindi il dotto tedesco toccando le cause di questo difetto; tra le quali cita quelle che sono venuto discorrendo sinora, ed altre che troveranno più opportuna menzione in altro luogo di questa relazione. Chi poi fosse studioso di aggiungervi, anche notizia degli esperimenti, che già diede di sè anche la più giovane delle nostre Cassazioni, cioè quella di Torino, io lo rimetto al più volte ricordato avv. Giuriati (1). — Cambon, come si disse, proponeva, che le sentenze della Cassazione vincolassero e fossero legge per la Cassazione medesima: io confesso che non ne avrei abbastanza. Bentham, per assicurare la uniforme interpreta-

(1) « La giurisprudenza francese ci convince facilmente, che, eziandio con una Cassazione unica, ebbe ed avrà sempre luogo una immensa varietà di interpretazione per opera di giudicati difformi della Corte medesima..... Dico che ciascuna Cassazione sulla medesima questione ha l' abitudine di variare, non so se secondo la stagione, o secondo quale altro influsso, la sua opinione per modo, che anche nel sistema di una Cassazione unica, mai si

zione della legge, voleva che l'Autorità giudiziaria fosse personificata in un giudice solo; e questo fosse fatto immortale. A me non basta ancora: e vorrei che a questo giudice fosse petrificato il cervello, sicchè non vi potesse nemmeno scossa di progresso.

Ma ragione la quale, forse ancor più che non tutte quelle accennate finora sommate insieme, riduce al nulla l'imperio della Corte, si è quella singolare separazione che si volle introdurre tra giudizi sul diritto e giudizi sul fatto; i quali ultimi, come sapete, vengono rigorosamente interdetti alla Corte, costituita unicamente per la legge: separazione che è l'articolo fondamentale di tutto il sistema, e che io non esito a dichiarare fin d'ora un paradosso, venuto a prendere posto tra gli assiomi. Noi vedremo come questa separazione produca fra gli altri suoi effetti anche questo, di ridurre quasi al silenzio la Corte, condannata a non poter quasi dare sentore di sè, se non violando questa principale parte del suo programma; condannata a divertire da sè, per ragione che è questione di fatto, un' altra, e forse la più grossa

riesce ad avere una giurisprudenza uniforme; mai si ebbe la sicurezza, non dirò da generazione a generazione, ma da lustro a lustro, da anno ad anno, di vedere la medesima questione risolta nel medesimo senso dalla medesima Cassazione. » Boggio. Discorso alla Camera 20 febbraio 1865. Cita poi dieci esempi di massime nelle quali pronunciò mutando opinione la Cassazione di Torino-Milano.

Digitized by Google

categoria di affari e di cause. — Senonchè è questo un concetto così intimo, così radicale e così tutto proprio al sistema; ed è punto che incontra tali e così irriducibili contrarietà, non solo nell' ordine della opportunità, ma perfino in quello delle possibilità del pensiero, che io prescelgo, come già ebbi a prevenirvene, tracciandovi il mio piano, di tenervene discorso come di un argomento tutto a sè, e di una idea categorica al tutto distinta dall'argomento e dall' ordine delle idee di che vi ho occupato finora. — La Corte regolatrice professa, come conseguenza immediata della propria genesi e della propria natura, non essere di suo istituto intervenire in giudizi, i quali versino, sia sulla prova, sia sulla estimazione della natura dei fatti. Ora se io potessi dimostrarvi, come mi propongo di dimostrare, che questa separazione del giudizio del diritto dal giudizio sul fatto, non può capire in umano intelletto, precisamente come non può capirvi ciò che ripugna alle leggi dell'umano intelletto; e potessi dimostrarvi, anche colla pratica, che è una separazione, che a fronte di ogni contraria apparenza, non funge, nè funzionerà mai in nessuno nè civile nè penale giudizio, voi ben comprendete sin d' ora, che io avrei reso impossibile il parlare del sistema della Cassazione altrimenti, che come di una grande illusione; e dirò pure, quanto a noi italiani, come di un esempio di quanto e dove trascini noi l'imitazione di Francia. Io spero di mantenervi la ardita parola, che io vi ho messo innanzi con tanto maggiore

franchezza, perchè ho pur dovuto convincermi, che quella difficoltà picchia pure incessante al pensiero, e lascia irresolute le fedi degli stessi più valenti sostenitori del sistema. — Ma poichè è questo un argomento di cui dovrò occuparvi più sottilmente e diffusamente che non per altri; ed è argomento, che vorrei, che chiudesse questa trattazione sul sistema della Corte, e non mi fosse pur interrotto da altre minori considerazioni; così vogliate permettermi, che, prima di entrare in questa materia, io venga raccogliendo qualche minore appunto del sistema medesimo.

L'ufficio della Cassazione lo vedo in qualche luogo descritto così: Sfugge le appassionate controversie del fatto, e si ferma nelle alte ragioni della legge, ove contempla il diritto e le sue relazioni generali. Quando si violano le leggi, la società tutta se ne commove, sente uno scisma nei principii da lei adottati, e vi scorge delle massime, che, uscite dal giudiziario, invadono il potere legislativo: al contrario una ingiustizia causata da un cattivo apprezzamento del fatto è sempre una disgrazia individuale che il cittadino deve rassegnarsi a subire. — Ed anche Meyer « Un giudice, il quale si inganna sul fatto, o che violenta la propria coscienza, può danneggiare una parte, può rendersi reo di prevaricazione, può somministrare qualche prova della sua incapacità o della sua parzialità; ma il danno arrecato restringerebbesi mai sempre a qualche individuo, ma la legislazione e l'interesse della società presa collettivamente non possono soffrirne. »

Davvero io non saprei accendermi di entusiasmo per questa Legge, che io nei giovanili miei studi immaginava mia santa, mia vigile, mia benevola proteggitrice, e che mi figurava nella antica Astrea spedita da Giove su questa terra, onde si faccia il regno della giustizia; e che ora invece mi si presenta come solitario Nume, assorbito nella contemplazione di sè; a cui nulla importa nè di me, nè della umanità; a cui nulla cale se scorrazzi quaggiù l'ingiustizia; purchè questa sia d'un certo modo e di una certa specie, purchè cioè non si metta lettera in fallo nel pronunciare il suo mistico nome. Io non so comprendere questa astrazione e questa legge, che sta sola nell'universo, simile all'idea senza soggetto e senza oggetto di Hegel; nè so comprendere come questa legge possa essere l'arca dell'alleanza per le nostre società, nè il sostentacolo dei nostri Governi. — Come! se un tribunale mi spoglia di ogni fatto mio, perchè esso il tribunale pensa e vuol pensare che io ho donato tutto il fatto mio al mio avversario; e così dice pel solo motivo, che così ha capriccio di dire; e così dice, sebbene dica il contrario il documento stesso del mio avversario e dichiari a lettere d'appigionasi, che non fu una donazione, ma una vendita, di cui anzi attendo che mi si paghi il prezzo: se il mio avversario, ripeto, ha trovato un giudice così ignaro, ed anche, come immagina Meyer, così corrotto, da fargli dire così, e far trovare questo giro all'ingiustizia, la Cassazione mi risponderà, se disperato ricorro ad essa: abbiate pazienza, galantuomo, tollerate

questo infortunio, che alla fin fine non è che vostro infortunio; e consolatevi, che non fu violata la maestà della legge, e che tutti gli articoli del codice stanno a loro posto: collaudate anzi l'egregio giudice, che vi ha condannato, e che ha fatto dei magnifici considerando in punto di legge? e la Corte mi licenzierà così, confortandomi con questo ricordo, che *expedit* talora, *expedit quod moriatur unus homo pro populo?* Davvero vi è da perdere sinderesi; ed io vi giuro, che non mi torrei di mozzare la lingua al pover uomo, se questa trascorre a rompere le dighe della reverenza dovuta alla suprema Corte e alla legge. — Noi legali ben possiamo acclamare questa sapienza fiorita; e Meyer, nell'estasi della sua ammirazione, potrà dirvi che fu *una bella idea*; ma il buon senso comune ci risponderà, che noi legali teniamo talora il sentimento della giustizia e della legge in quel luogo in cui certi uomini di chiesa mettono religione e morale; e partirà crollando il capo da questa lezione: che la legge non è nè per gli uomini, nè per le cose, non è per giustizie nè per ingiustizie, ma è per la legge, è per sè; e che il più vero, il più santo, il più chiaroveggente suo pontefice è quello, che, anche storpiando uomini e cose, e mettendo a soqquadro ogni ragione ed ogni giustizia, sappia recitare senza errori nè di prosodia, nè di ortografia, gli articoli del decalogo.

I legali, dico, e specialmente quelli che vi hanno fatto il callo dell'abitudine, potranno far plauso a questo sistema di giustizia e di legge. Il senso

comune invece, ed anche fra i legali quelli che hanno fatto esperimento di altri ordinamenti giudiziari e di altra legge, si troveranno punti piuttosto da maraviglia, e si sentiranno certo stimolati da una voglia acuta di penetrare nelle ragioni arcane del mistero. E dico mistero, perchè nessuno saprà capacitarsi d'un tratto, che davvero siasi ritenuto come un impossibile, un *geminare tigribus agnos*, il procedere consentaneo del giudizio sul diritto con quello del fatto, e siasi creduto che un giudizio di fatto potesse davvero sfregiare la maestà della Corte. — E le ragioni vi sono, ragioni in fatto ben diverse da queste che ora accennava, e ce ne dà conto il più volte ricordato Meyer. Esse sono, e vi dirò solo le due principali, sono in primo luogo il desiderio di non defatigare con soverchio lavoro il supremo tribunale; e poi quest' altra e più grave, che io voglio riportarvi colle parole stesse dell' illustre scrittore « Per poco che uno Stato sia esteso, un tribunale, davanti a cui sarebbero in ultima istanza portate le cause di tutti quegli individui che volessero ricorrervi; il quale esercitasse giurisdizione su tutti i magistrati dell' ordine giudiziario, sicuro di non essere contrastato da nessun altro ramo del potere sovrano; giudicante della forma estrinseca di tutti gli atti del Governo sottoposti alla sua cognizione, potrebbe diventare pericoloso all'Autorità legislativa. Un fatale accordo de' suoi membri (e si sa ciò che può lo spirito di corpo) basterebbe a dare alle leggi una direzione opposta a quella, che il legislatore avrebbe voluto,

Digitized by Google

mediante la inviolabilità delle sue decisioni, e con un tale pretesto, codesta Corte sormonterebbe tutti gli ostacoli che volessero opporsele; eluderebbe e dichiarerebbe incompetentemente promulgate le leggi, i decreti, le deliberazioni delle Autorità che fossero in contraddizione col suo sistema attentatorio; profitterebbe del suo potere su tutti coloro, che avessero qualche interesse a trattare in giudizio, per paralizzare la loro opposizione, e finirebbe per attirare a sè una gran parte dei poteri che gli altri rami dell'Autorità sovrana sono chiamati ad esercitare ». In nota poi cita lo scrittore l'esempio del parlamento di Parigi, che per lungo corso di anni ardì competerla coll'autorità del principe, il quale a grave stento ha potuto reprimere le sue pretese. — Ora passi pel parlamento di Parigi e pei suoi tempi, e passi per gli spaventi del dotto olandese: ma davvero l'Autorità giudiziaria nostra, così umile e tapinella, dovrebbe rimanere sbalordita, apprendendo, di quale e quanta potenza essa andrebbe armata, solochè potesse ghermirsi questa terribile macchina di guerra delle tre istanze: e vi è poi una ragione di rimanercene storditi tutti quanti, ora che ci si rivela, che il grandioso concetto della separazione dei due giudizi, e della suprema Corte, non è pure per erigere culto speciale alla legge, ma è un espediente: — ed è, come abbiamo veduto, un espediente dettato dal sospetto. L'Autorità giudiziaria potrebbe rinnovare gli esempi del parlamento di Parigi: forse la congiura delle polveri (1).

(1) Fra gli esempi delle esorbitanze dei parlamenti

Io ho parlato di sospetto e di espediente. Ma vi ha qui una reminiscenza, che è tutta una storia, la vera ed intima ragione della Corte e della sua natura. — La istituzione della Corte di cassazione è, sebbene in piccole dimensioni, uno dei più caratteristici prodotti di quella filosofia e di quella scuola di ideologi riformatori, invalsa in Francia nella seconda metà del secolo scorso,

francesi, si cita il fatto, che quello di Parigi si mise perfino a voler dirigere ed imporre al Governo la politica estera, e volle opporsi alla guerra dei sette anni. Che avremmo detto noi, se la nostra magistratura si fosse fitta in capo di non volere l'alleanza colla Prussia, o la guerra contro l'Austria? Pure questo esempio me lo udii posto innanzi sul serio anche ai nostri giorni in Italia. Che rispondere? risposi tra me, che l'onorevole mio interlocutore non doveva saperne molto di parlamenti francesi, e sapeva ancor meno delle cose d'Italia. — In Francia i parlamenti poterono a lungo combattere anche coi Re, perchè essi pure erano, nelle costumanze della Francia d'allora, potere politico: ed erano in quella condizione di cose, comune a tutto il medio evo, in cui tutti quei mal distinti poteri di fatto, monarchia, parlamenti, nobiltà, clero, corporazioni, fraterie, ecc., erano e valevano tanto, quanto sapevano essere e farsi valere. Ma i parlamenti francesi, già a' tempi della rivoluzione erano scaduti d'ogni influenza per modo, che la Costituente si mise a punirne le ultime velleità col farli sparire: e sparivano incompianti, inosservati, perchè già i tempi, le idee, la pubblica opinione non erano più per loro. — Parlarmi poi di un ritorno di quegli esempi, sia in Francia, sia in Italia ai dì nostri, e colla magistratura come è costituita ed intesa oggidì, mi parrebbero apprensioni simili a quella di chi volesse spaventarmi colla minaccia di un ritorno di Papa Ildebrando, dell'Inquisizione, del feudalismo, in una parola, del medio evo.

che ebbe nella vecchia Enciclopedia le sue pandette, e fece i suoi esperimenti sociali e politici nel periodo della Rivoluzione. — La Cassazione scende direttamente da quel medesimo indirizzo del pensiero filosofico, e anche sotto questo nuovo aspetto, ci si presenta come parto di spiriti, e dirò errori al tutto francesi; nè io potrei omettere di richiamarvene la memoria, senza dimezzarvi la notizia di questa istituzione, della quale, più che la genesi e la storia interna, vi diedi poco sopra la storia esteriore. — Quei pensatori nuovi ed arditi, che furono i filosofi francesi del secolo XVIII, venuti in epoca, in cui l'antico stato sociale e politico aveva messo al nudo tutte le sue piaghe, e tutte le istituzioni di quello stato, monarchia, feudalismo, privilegio di caste, gesuitismo, si disfacevano infracidite dall'età e dai propri eccessi, si trovavano in mezzo ad una società, nella quale tutto cadeva a brani, e tutto invocava rinnovazione e riforma. — Come poi si credettero missione a rifare la società, così, quei filosofi, non parvero dubitar punto, ch'essi non avessero potere anche a trasformarla, e rinnovare con essa anche la natura; nè fecero dubbio, che questa non dovesse, come duttile materia, lasciarsi modellare alle forme del loro mondo filosofico, e ricevere obbediente dalla filosofia il proprio rimedio: e, lieti e fidenti delle filosofiche loro intuizioni, meno che ad altro, pensarono ad intendersela colla natura delle cose, e colla storia. Di qua una corrente di idee, che impressionò in diverse guise tutti i sistemi e tutto il movimento intellettuale dell'epoca. — E quindi furono, nel-

l'ordine sociale, quelle appassionate immagini dell' uomo innocente e felice, dell'uomo libero e contento sotto la sua rustica capanna, in riva al natio suo ruscello, nello stato della vergine natura, prima di essere pervertito dai falsi ordini della società e dei Governi; e specialmente da quei due sommi fattori di corruzione, la religione e la proprietà; quindi quelle invocazioni al regno dell'eguaglianza, della fraternità, della virtù e della pace universale tra gli uomini, rifatti secondo la vera, la buona, la primitiva loro natura; quindi quel memorare continuo degli esempi dei Licurghi, dei Cincinnati, dei Curi, e dei bei tempi di Sparta, di Atene e di Roma, e quel perpetuo rifacimento della storia (1), non meditata a maestra, ma spigolata a giustificazione di preconcette astrazioni; e quindi tutti quei paradossi e quei luoghi comuni, che, partendo dalle opere di Morelly, di Diderot, di Rousseau, fecero più tardi echeggiare di invettive e di idilii le assemblee rivoluzionarie francesi, e fornivano le compassate antitesi, onde infocavasi la vaporosa e truce eloquenza di Robespierre e di Saint-Just (2). — E quindi nell' ordine politico quei sistemi, dei quali era maestro Sieyès,

(1) Alla Convenzione, quelli che non volevano il supplizio di Luigi XVI, dicevano, che anche gli antichi romani lasciarono andare in pace i Tarquini dopo averli espulsi: ma replicava Saint-Just, che dopo seicento anni tornò la monarchia in Roma, appunto perchè gli antichi romani non avevano ammazzati tutti i Tarquini.

(2) Saint-Just voleva, che, per il giorno primo di ciascun mese, fosse istituita una festa consacrata a qualche virtù o a qualche astrazione morale. E il buon Robe-

Digitized by Google

e che facevano crispare i nervi al primo Console, sistemi scolpiti sul modulo di un' idea, composti a guisa di macchine destinate ad adagiare le membra ed a mantenere in un inalterabile assetto tutto il corpo della società; e nei quali i loro compilatori credevano di avere toccato il sommo della perfezione, quando avevan saputo dar loro il bello della simmetria delle parti. — Siccome poi, da ultimo, nella mente di quei legislatori, tutti i mali che travagliavano l'umanità avevano origine nei Governi e nelle vecchie istituzioni del tempo, che tutte erano a trasformarsi, così il principale studio doveva essere e fu quello di assoggettare tutto, perfino il lavoro, perfino il pensiero, perfino gli affetti, e tutto l'uomo alla potenza medicatrice dei nuovi ordini; e nel tempo stesso comporre anche questi in guisa, che nulla potesse mai uscire dal comandato equilibrio; e quindi quei sistemi combinati in modo, che ogni azione trovasse la sua reazione, ogni spinta la sua resistenza, in cui tutti i poteri e tutte le istituzioni dovessero sorvegliarsi, controllarsi, contenersi a vicenda; e quindi il trovato di quella *bilancia politica*, che divenne la parola d'ordine ed il riassunto del credo politico della scienza dei tempi. — Io ho colorito per ri-

spierre faceva dalla Convenzione consacrare feste alla Verità, alla Giustizia, al Pudore, all'Amicizia, alla Frugalità, ecc., ecc. – *Sudre, Histoire du Comunisme*, opera in cui si leggono riassunte compendiosamente, ma completamente e con molta chiarezza le principali teorie sociali e politiche, che, apparecchiate dalla filosofia, governarono, fino al 9 termidoro, la rivoluzione francese.

levare i caratteri, ma non credo punto di avere esagerato. Ora la Corte di cassazione è uno dei più salienti gruppi del quadro che io ho delineato. Essa infatti ha il suo ideale, il suo astratto come la Verità e la Giustizia di Robespierre: la *Legge*; questa legge che è sola e per sè, come l'arte per l'arte. Essa è costituita ad essere alla testa dell'Autorità giudiziaria, e nel tempo stesso viene ordinata al tutto fuori della considerazione della natura e degli istinti propri della funzione giudiziaria, ed è ordinata ad uno scopo politico; e questo scopo è l'uniformità, ciò che vuol dire *l'equilibrio* della giurisprudenza e della magistratura; essa è istituita all'intento di introdurre anche nel seno dell'Autorità giudiziaria il grande principio della *controlleria* dei poteri; ma soggiace essa stessa al controllo, ed a questo sospetto comune verso tutti i poteri (1): e perciò onde non trascenda, la si tarpa e la si mutila nelle naturali sue facoltà, riducendola al solo giudizio in diritto (2). — Tale è questa istituzione della su-

(1) Saint-Just proponeva pure, che fossero stabiliti dei censori, delatori collo stipendio di 6000 franchi all'anno, per sorvegliare i funzionari, e i magistrati, e denunciarli al popolo. Il popolo solo non poteva essere censurato, perchè secondo le dottrine di Robespierre e dei giacobini, era incorruttibile. Sudre.

(2) Anche gli Stati-Uniti d'America commisero all'Autorità giudiziaria eguale missione di controlleria e di equilibrio; ma vi provvidero accrescendo i poteri della magistratura in guisa, che non sarebbe pur possibile altrove. Io riporterò alcuni brani della celebrata opera *De la démocratie en Amérique* di Tocqueville,

Digitized by Google

prema Corte esaminata nella sua genesi. — Osserva un illustre filosofo francese, che solo la filosofia può dare la chiave, che apre il secreto delle istituzioni di un' epoca. E per fermo anche le istituzioni sono un prodotto del pensiero, che è l'oggetto proprio della filosofia e della sua storia, e nulla avviene nel mondo dell' umanità, che non

opera in cui è bello il vedere, quale concetto si faccia del potere giudiziario, e quale posto gli abbia assegnato fra le istituzioni dello Stato il più libero popolo del mondo.

« Vi hanno confederazioni anche fuori dell' America; vi ebbero repubbliche anche oltre le rive del Nuovo Mondo; il sistema rappresentativo figura in molti degli Stati d' Europa; ma io credo, che nessuna nazione abbia finora costituito il potere giudiziario come lo fecero gli americani. »

« Ciò che un forestiere comprende con più fatica agli Stati Uniti è l'organizzazione giudiziaria. Non vi ha quasi avvenimento politico, in cui non senta invocare l' autorità del giudice; e quindi è condotto a conchiudere, che agli Stati Uniti il giudice sia uno dei maggiori poteri politici. Ma quando poi viene ad esaminare la costituzione dei tribunali, egli non vi discopre a prima giunta che attribuzioni ed abitudini giudiziarie. »

« Gli americani hanno conservato al potere giudiziario tutti i caratteri ai quali siamo soliti riconoscerlo. Essi l'hanno chiuso esattamente entro la cerchia, nella quale questo ha l' abitudine di muoversi. »

« Gli americani hanno conservato al potere giudiziario questi suoi caratteri distintivi: il giudice americano non può pronunciare, che quando vi ha una lite: non si occupa giammai, che di un fatto particolare: e per agire deve attendere di essere chiamato.... Nondimeno egli è rivestito d' un immenso potere politico.

« E d' onde questo? la causa sta tutta in ciò, che gli americani hanno riconosciuto nei giudici il diritto di

Digitized by Google

sia stato nel pensiero. Ora eccovi la Cassazione posta in cospetto alla filosofia contemporanea: ed ecco fin dove è necessario cercarla onde averla completa. — Avverso alla istituzione della Corte, avverso cioè ad accoglierla nel nostro ordinamento giudiziario, io sarò giusto coi suoi autori. Anche lasciando le circostanze politiche, che ne furono la causa immediata, e che poterono darle in Francia un valore di opportunità, la istituzione della

fondare le loro decisioni sulla *Costituzione* anzichè sulle *leggi*. In altri termini essi hanno loro permesso di non applicare le leggi, che loro sembrassero incostituzionali.

« Un simile diritto fu altre volte reclamato anche dai tribunali di altri paesi; ma giammai fu concesso. In America è riconosciuto da tutti i poteri; e non vi trovereste nè un partito, nè un individuo che lo contesti. »

« Quando adunque si invoca davanti i tribunali americani una legge, che il giudice stima contraria alla costituzione, questi può rifiutarsi di applicarla. Questa facoltà è la sola, che sia particolare al magistrato americano: ma da questa diviene una grande influenza politica. »

« Invero vi hanno ben poche leggi che possano sfuggire a lungo l'analisi giudiziaria.... Ora se il giudice rifiuta di applicare una legge in un processo, questa perde all' istante una gran parte della sua forza morale. »

« Se il giudice avesse potuto attaccare le leggi in un modo teorico e generale.... esso sarebbe entrato apertamente nella scena politica, si sarebbe fatto il campione o l'avversario di un partito, ed avrebbe chiamato tutte le passioni, che dividono il paese, a prendere parte alla lotta. Ma quando il giudice attacca la legge in una oscura discussione e in un caso di applicazione particolare, egli diminuisce in gran parte agli occhi del pubblico l' importanza dell' attacco. »

« Il magistrato americano non giudica la legge, che

Digitized by Google

suprema Corte trova la propria giustificazione nell' intelletto dei tempi. Essa non fu nè un' eccentricità nè un capriccio; ma fu, come furono tutte le altre istituzioni, un prodotto, una forma della filosofia dell'epoca: ed i suoi autori, se non furono superiori a questa, almeno non stettero al di sotto; e peccarono con tutta la loro generazione, ma non più di questa. E di tal guisa crearono una istituzione, che, informata alle idee, condita, a così dire, con ingredienti del tempo, potè essere lodata e gradita, e potè, anche dopo, sostenersi per quella autorità, che il lungo possesso conferisce anche alle istituzioni. Ma troncata da quelle radici, senza attinenze nè di filosofia, nè di storia; senza ragione, senza opportunità, questa istituzione presso di noi non potrebbe trovare spiegazione che in uno spirito di servile imitazione, non potrebbe rappresentare che un puro fatto di governo, forse un interesse, una ostinazione di partito: ed è una istituzione la quale potrà per avventura ottenere l'ammirazione di una casta, ma non il simpatico consenso del paese, non il favore dei tempi. E ce ne fa documento ciò che già, dopo non lunga prova, se ne dice e se ne scrive in Toscana, e quel con-

pel motivo ch' egli ha a giudicare una lite, nè può rifiutarsi a giudicarla... »

« Rinchiuso in questi limiti, il potere accordato ai tribunali americani di pronunciare sulla incostituzionalità delle leggi, forma ancora una delle più potenti barriere, che giammai siansi elevate contro la tirannia delle assemblee politiche. » — Opera succitata vol. 5, chap. VI, e *passim*.

trogenio, che già se ne manifesta anche nelle provincie dell' antico Piemonte.

Ora ritorno ai dettagli, e continuo dicendo, che la istituzione della Corte, come fu un espediente concepito in un sentimento al tutto estraneo alle ragioni della legge, così tradisce anche nel suo congegno quanto poco si inquieti degli interessi di questa. — Io non parlerò di tutta quella tanta parte della legge, che pure occupa di sè non poche disposizioni del codice civile e del codice di procedura civile, le cui violazioni sono sottratte al giudizio della Corte, ed abbandonate alla discrezione dei minori tribunali; quali sono le leggi che si riferiscono alla prova dei fatti: io intendo invece di parlare di quei casi, nei quali, anche la violazione di una legge di gius dispositivo, dopo aver superate le difficoltà dell'accesso, giunge in cospetto della Corte, senza che questa si occupi di porvi rimedio. E sono questi tutti i casi, nei quali la Corte respinge il ricorso, per l'unico motivo di un difetto nella indicazione della legge offesa, quale sarebbe, come dissi altrove, se la parte avesse errato nel denunciare, o avesse confusamente designato l'articolo o gli articoli. — La legge fu lesa, ed è, se posso usare la similitudine, veramente ammalata; e si reca innanzi al suo medico, la Corte, ad implorare i sussidi dell'arte salutare; ma se l'ammalata non sa ben dire dove le duole, il medico, che pur vede dove debba dolerle, non le tasterà pure il polso, e la rimanderà dicendo: state di buon animo, figliuola,

che siete sana più di me. E così avviene che, se la parte, che ricorre per violazione, indica come offeso l'articolo primo, ed invece furono veramente violati i dieci successivi, e la Corte lo vede, le dieci violazioni rimangono impunite; e la legge se ne va colle sue dieci ferite nel corpo: e così succede, che mentre il principio del sistema si è, che la parte, non per sè e pel suo interesse, ma solo per gratificare alla legge, è ammessa a farsi accusatrice, a nome di questa, ed a far ricorso, resta poi interamente abbandonato, non dirò al capriccio che non posso supporre, ma per lo meno all'abilità o inabilità della parte medesima, ottenere giustizia per sè, e riparazione per la legge. — Ben meglio provvedeva anche all' interesse della legge la Terza Istanza, quale era costituita nelle provincie lombarde, sebbene fosse istituita solamente nell'interesse delle parti, ed all'unico ufficio di amministrare la giustizia. Quivi la legge era posta sotto l'ufficioso patrocinio del giudice; quivi, come era debito del magistrato la conoscenza della legge, così era suo ufficio la ricerca e la completa applicazione della medesima; e quivi era in tutta la sua verità questo assioma legale: *da mihi factum et dabo tibi jus*, e che vuol dire: alla parte sta il dire il fatto, al magistrato il significare il diritto. Quegli arguti dialettici della Germania, così sottili a ricercare nel sottile, così studiosi di separare e distinguere, così arditi ad astrarre, in quella guisa che non seppero separare l'interesse della legge dall'interesse dei privati, così non seppero cogliere nella cruna di questa distin-

zione di articoli violati denunciati, e di articoli violati non denunciati, nè seppero darsi ad intendere che anche questi non fossero parte della legge. — Ed egualmente non seppero levarsi a questa intuizione della *Legge*, la quale, tutto che sia una persona ed un individuo a sè, con interessi e fini e sentimenti propri ed a sè, pure non sente mai nel proprio essere ed in sè, ma ha il suo sensorio fuori di sè e nell'essere di altra persona, — cioè nella persona della parte che la traduce innanzi alla Corte, — e che non avverte pure le proprie ferite, se non quando questa persona si dolga e si metta a guaire per esse. — E così non seppero nemmeno penetrare nel fondo del fenomeno di questa legge sminuzzata in tanti briccioli, quanti sono i suoi articoli, e distinta da ciascuno di essi; e quindi la singolarità di questi articoli, che, sebbene separati, possono vivere completamente da sè come le parti di un polipo, e possono perciò anche essere offesi, senza che ne risenta la persona della legge. — E chi sa se non verrà tempo in cui si possa trovar modo di far vivere così anche i singoli articoli, separandoli in tante parti, quanti sono i membri de' loro periodi, e moltiplicare di siffatta guisa all'infinito il beneficio della vita (1). Se non che di queste

(1) Parrà una facezia, e pure parlo sul serio. Io mi rivolgo ai sostenitori della Corte e dico: voi pigliate ciascun articolo di legge, p. e. del codice civile, e lo isolate dal corpo del codice in guisa, che supponete, che ciascun articolo possa essere violato, anche senza che il codice venga offeso: senza cioè che la Corte creda offesa

distinzioni non ne seppe pure, sebbene lodatore della suprema Corte, Romagnosi nostro, il quale a modo di quei tedeschi propone nella sua costituzione che il Pubblico Ministero ed il magistrato tengano conto per proprio istituto di qualunque denunciata o non denunciata violazione di legge che loro si riveli: e Romagnosi se ne intendeva del maneggio delle idee. — Quivi poi vede ognuno a qual forma si riduca da ultimo questa legge, a cui si innalza altare, e cui si circonda della pompa della Cassazione. Essa non è più l'indivisibile pensiero del legislatore, che si svolge, sempre iden-

la legge e provveda alla violazione; e a ciò ponete quest' unica condizione, al tutto estranea all' essere ed all' interesse della legge, che cioè la parte ricorrente in Cassazione non abbia saputo indovinare e dirvi dove giace la violazione. Ora se questa operazione che voi fate nel corpo della legge, io volessi farla in ciascun articolo, o frazionar questo in parti ed isolare ciascuna parte, qual ragione avreste ad oppormi? Forse, che il codice è diviso in articoli, ed invece ogni articolo è scritto tutto di seguito nel suo tenore? Io dico netto, che non so trovare maggior nesso tra le parti di un articolo che io non trovi tra i diversi articoli del codice; non so imaginare come possa mai essere caso in cui si possa offendere un articolo, senza toccare tutto il codice; non so capacitarmi come la Corte di cassazione, fatta per sorvegliare sulle violazioni di legge, e ripararle, possa rimanersi inerte, e non ritenere pregiudicata la legge pel solo motivo, che questa fu offesa bensì, ma non nel punto indicato dalla parte. La mia osservazione non è, in ultimo costrutto, che la ripetizione del vecchio adagio: *incivile est nisi tota lege perspecta respondere vel judicare;* adagio che vuol dire: che dall'alfa all'omega ogni legge è un indivisibile tutto.

tico a sè, dalla prima all'ultima parola del codice; non è più nè religione, nè autorità, nè ordine morale; non è più nemmeno la grande astrazione, l'ineffabile assoluto hegeliano: essa è un aggregato di articoli che stanno nel codice, senza consentire tra loro, senza comunicare col codice, e stanno raccolti in questo come in un recipiente comune, e come un pugno di arena; e la legge è uno dei granelli di questa mobile arena.

Ma ritorniamo all'interesse della parte. Si dice che un' ingiustizia che io subisco per effetto, sia di una male calcolata ponderazione della prova, sia per una falsa appreziazione della natura del fatto, non è che un male individuale. Mi si ammette anzi, che è un male che può verificarsi assai spesso, perciocchè le questioni di prova, ed il decifrare la espressione e la natura del fatto sono una difficoltà non meno grave di quella di saper leggere nella lettera e nel pensiero della legge; e sono una difficoltà la quale è la più ricorrente in giudizio. Pure mi si ripete ancora, che siccome questo non può influire al più che a moltiplicare disgrazie private, così non occorre che si inchini su di esse la maestà della Corte, mandata solo a tener fermo nelle onde il naviglio della legge. Or sia: ed io non verrò nemmeno a dire, che non vi ha cittadino, il quale, ricorrendo ai tribunali, intenda di ricorrere altrimenti che per sè, ma per cavare di imbarazzo la legge; nè vi ha cittadino che vada a chiedere ai tribunali una dotta lezione in diritto, anzichè la riparazione di un torto che gli duole: e sia, ripeto. Ma

lasciatemi almeno chiedere, che si tengano distinte per bene le due partite; domanderò che il sistema sia conseguente a sè stesso; e domanderò, che questo servizio che la Corte fa a profitto della legge, che vuol dire dello Stato, lo si faccia pagare non al privato cittadino, ma allo Stato; e che lo Stato sia almeno tanto onesto da non pigliarsi a spese altrui le proprie soddisfazioni. — Mi spiego. Il sistema della Cassazione è coordinato al sistema del duplice grado di giurisdizione, cioè di un giudice singolo o collegiale che pronuncia in prima istanza, e di un tribunale o Corte di appello che pronuncia decisivamente ed irreformabilmente in seconda ed ultima istanza. E con questi primo e secondo giudice si crede e proclama essere bastevolmente, e per qualunque contingente, garantito l'interesse privato delle parti, e si crede, e si ritiene pienamente esaurito il giudizio e l'intervento dell'Autorità giudiziaria, per quanto riguarda questo interesse. Che anzi si rimprovera ai sostenitori della Terza Istanza, che si voglia la eccessiva garantigia di un terzo giudizio in caso di difformità tra i pronunciati dei due primi giudici. Ma se è così, per qual ragione permettete ancora un terzo esperimento in Cassazione, esperimento, che alla fin fine, e per quanto si voglia torcere la frase, non è che un nuovo duello pel medesimo oggetto, tra le medesime parti? Con qual coscienza incitate ancora a battersi queste parti, per un interesse che voi dite non essere il loro interesse, ma solamente l'interesse della legge? e lasciate per questo interesse ripigliare, dopo

Digitized by Google

celebrata la pace, una guerra, in cui la parte può perdere tuttociò che già lealmente vinse in definitiva battaglia, e lasciate prolungare una lite, sulla quale già sta il suggello della cosa giudicata? Io ben comprendo, che di buon cuore vi perdonerà l'inconseguenza la parte che fu vinta innanzi ai primi giudici, e ben volontieri presterà alla legge la sua mano, appunto per ciò che nel nuovo agone, col pretesto di un'offesa alla legge, essa può ripristinare le private proprie partite. Ma non è questa una evidente ingiustizia, una soperchieria per la parte vincitrice, la quale, armata dei medesimi vostri argomenti, vi dice, che tra essa e il suo avversario le partite furono già definite, e vi domanda con quale ragione la sospingete a rodersi i visceri in questo labirinto curiale, ove può vedersi pullulare d'intorno perfino otto o nove altre cause? e vi dice, che, se pur piace alla legge trovare un campione che si batta per essa, pensi essa a trovare a proprie spese il suo cavaliero? E non ha essa la legge la lancia del Pubblico Ministero? — Io sono bene alieno dall'applaudire nemmeno a questo trovato ammirato da Meyer, di questo Pubblico Ministero, che con serietà di cavaliere antico scende chiuso nell'armi a far duello da solo con sè, pei begli occhi della sua Dulcinea che nessuno gli contende nel deserto steccato. Io non approvo questo modo di intervento del Pubblico Ministero: e per non dire altre ragioni, lo disapprovo, perchè questo dibattimento che avviene in camera privata tra il Pubblico Ministero solo e la Corte, mi tramuta la magistratura

in una conversazione, in un'accademia; e mi rende ancora più incerta questa cangiante figura della Corte. Il Pubblico Ministero potrebbe con altrettanta opportunità mandare le sue conclusioni al nostro Istituto di scienze, lettere e arti, sezione per le scienze morali. — Ma il Ministero Pubblico è certo il più logico, il più qualificato compimento della istituzione della suprema Corte, se questa è per la legge. — Io conchiuderò qui col proporre alla Cassazione un dilemma. O la istituzione è per interesse della legge; e perchè menare in volta a suo servizio i privati? O è per la giustizia e per l'interesse delle parti, e perchè non si provvede, comunque avvenga l'offesa, in diritto ed in fatto, a questo interesse e a questa giustizia? Ma così, anzichè sapere ciò che la Corte è, io so ciò che non è: e so che non è pel privato, perchè si professa che è per la legge; e mi accorgo che non è per la legge, perchè vedo che la muove, e ne fa suo pro il privato, che così tiene in sua balìa l'interesse della legge.

Io vi ho trattenuto, forse più che non vi sembri ne tornasse il conto, sulla osservazione di questo incerto atteggiamento della Corte, la quale, mentre si dice giudice dei giudici e non delle cause, e professa, che quanto ai privati, la causa è definitivamente risolta in appello, pure sembra immischiarsi anche nella causa e tra i privati assai più, che non parrebbe permesso dal rigore di quelle sue massime. Ma egli è che io vedo qui, oltre uno sconcio del sistema, tale una in-

conseguenza, della quale starei quasi per felicitare la Corte; e vedo un sintomo del vero che tenta, loro inconsci, gli autori di questa istituzione. Se io non mi illudo, vi ha qui una reminiscenza di Terza Istanza; vi è il sentimento, che i privati ed il privato interesse, i quali sono le parti e l' oggetto proprio del diritto civile, sono pure le vere ed uniche parti e il vero oggetto dei civili giudizi; ed abbiamo, mascherato sotto il nome di interesse della legge, e dimezzato per sola necessità di questa finzione, un terzo grado di giurisdizione (1). — Non si potrebbe procedere di un passo, e dare pieno sfogo a quel sentimento, e levare la finzione, e compiere dei suoi propri ingredienti il rimedio di quel terzo grado? E non si potrebbe dire: poichè il supremo consesso ha in mano la causa, apra sovr' essa entrambi i chiaroveggenti suoi occhi, l' occhio del diritto e l' occhio del fatto, e veda e giudichi in un colpo di entrambi? — Noi non abbiamo a

(1) « Coloro che scrissero libri e dettarono leggi sull' attuale sistema della Corte di cassazione hanno pensato che questa potesse conservare la legge. Ma i pratici delle cose forensi sono rimasti di lunga mano disillusi, e vedono che in realtà succede l' oppos. Si denuncia la violazione della legge, per avere un passaporto al nuovo esperimento della giustizia: ma sotto il titolo di violazione della legge non si presentano che larvate violazioni di criteri relativi alla applicazione della legge medesima. Quindi la Corte di cassazione non è che una terza istanza sotto il vocabolo di rimedio alla violazione della legge. » Panattoni. Discorso alla Camera del 18 febbraio 1865.

vincere nè i Parlamenti, nè il federalismo, nè le cento legislazioni che minacciavano l'unità della Francia; noi non abbiamo a domare resistenze di magistrati riottosi e caparbi nelle vecchie loro abitudini, noi abbiamo anzi una legislazione egualmente obbedita in ogni canto d'Italia; nè abbiamo magistratura di cui si possa temere, che, nemmeno dopo avere imbrandito il giudizio del fatto congiunto a quello del diritto, possa ergersi ribelle contro la Dinastia e contro lo Statuto. E, quanto a lavoro, dopo di aver veduto procedere le Tre Istanze in altri Stati più popolosi che non sia l'Italia, nessuno di noi dispererà che si possa trovar modo di sopperire al bisogno. Io avanzerò pure un supposto ed un presentimento — la Terza Istanza sta in embrione nel fondo della Cassazione. Questo giudizio sono le parti che lo movono e che lo conducono; esse che ne portano veramente gli effetti; nè alcuno crederà, che nemmeno in questo esperimento le parti vi brighino l'interesse della legge. — Ora se io aggiungessi, che questo sentimento e questo intento di aprire una nuova prova alla giustizia, e dove una migliore garanzia all'interesse privato, e quindi un dubbio sul valore del sistema del duplice grado di giurisdizione, dettarono pure, loro inconsci, ai legislatori della Cassazione: e non essere poi meraviglia, se, insieme al sentimento, non venne d'un tratto lucida e completa l'idea in quei primi istitutori, non sorretti da alcun precedente di quelle legislazioni che si apprestavano a ricomporre, fuor-

Digitized by Google

viati anzi dalle immagini di quel Consiglio delle parti, che era uno scandalo, ma era pure un esempio, ed ai quali la preoccupazione dei presenti bisogni e la pressa del fare non tolleravano il tempo di maturare — e soggiungessi pure, che io ho opinione, che all' Italia istrutta dalle monche prove della Francia, e a cui già disegnano il sentiero le antiche sue tradizioni, fedeli sempre alla unione de' due giudizi e tenaci al proposito di non vedere nell' Autorità giudiziaria che il potere della giustizia, che all' Italia dico possa essere riservato di compiere con più finito sistema l' imperfetto esperimento francese (1) — metterei forse innanzi propositi che non abbiano alcuna probabilità, alcun fondamento di vero?

Ma dopo avere esaminato i prodotti del sistema, giovi ora vedere più presso anche il congegno, ed il modo onde si move. E toccherò di quel singolare metodo dei rinvii, nel quale pure vedremo nuovo saggio di quelle incertezze, delle quali vi diedi esempio or ora; e vedremo un sistema, che sembra non sapere mai dir netta la propria parola, nè rendersi mai conto di sè o del proprio pensiero.

La Corte, ove ad un primo ricorso trovi caso di nullità, non per questo sentenzia, ma solo

(1) « Io sono per la terza istanza — Di più ritengo che, a malgrado degli indugi che si frappongono, finirà a trionfare questo sistema che a me sembra il migliore. Lo imporrà se non altro la necessità delle cose. » Panattoni.

rinvia ad un altro Giudizio, che rifaccia la causa, e pronunci una nuova sentenza: e qui la Corte, anzichè supremo giudice nè maestro, parrebbe quasi dubbiosa persona che si perita, ne manda ad altri rinnovare lo studio. Se non che, se il giudice del primo rinvio ripeterà l'errore della già censurata sentenza, e opinerà come il giudice che lo precedette, allora la suprema Corte rinvierà un'altra volta; ma allora, mutando metro, e sembrando quasi pigliare coraggio dall'avere già due giudizi contro di sè, allora ingiungerà dittatoriamente al giudice del secondo rinvio la propria sentenza, colla quale, consenziente o dissenziente, dovrà questo giudice definire la causa. — Certo bisogna finirla con questi rinvii che sono una danza tutt'altro che lieta per le parti; ed è pur d'uopo che una volta o l'altra la Corte faccia prevalere la propria sentenza: ma il senso volgare, il senso profano ai misteri del sistema, si domanda, perchè la Corte non la finisce ancor più presto, pronunciando da sè senza rinvii, e pronunciando tosto la prima volta che a lei viene deferita la causa? — E perchè, si domanda pure, qnesta contradditoria posizione, in cui si mette la suprema Corte medesima, la quale, mentre censnra e sorge così come Autorità suprema, si espone ad essere censurata e cassata essa stessa dal giudice del primo rinvio, il quale può dirle netto alla sua volta, che non altri, ma essa ha fallato, e farle sulla faccia il novero dei di lei errori? e perchè questa dittatoria antorità, questa infallibilità deferita alla Corte, deferita allora

quando la contraria opinione di due Giudizi, che potrebbero essere nullameno che due Corti d'appello, fanno più che mai dubitare dell' infallibilità della sua natura? Forse che ciò è necessario per ottenere la uniformità della giurisprudenza? Se non si trattasse che di questo, Meyer stesso vi confesserà, che l'intento potrebbe essere « raggiunto mediante l' ultima istanza su tutte le cause, che è attribuita ad una sola e medesima Autorità. » E lo scrittore vi ammetterà pure, che con questo metodo « le procedure andranno spedite, e saranno meno complicate, e le parti non saranno esposte a quelle conseguenze, che emerger possono dalla opposizione possibile fra le opinioni dei tribunali; e non possono temere di veder riprodotti gli stessi errori; e non possono paventare quei dispendi di tempo e denaro che trae con sè la moltiplicità dei giudizi; nè di vedere una seconda sentenza, comechè conforme ai principii della magistratura suprema, annullata per un motivo diverso; possono essere sicure che la sentenza emanata dalla più eminente Autorità giudiziaria porrà un termine alle loro contestazioni. » Ma dopo tutto questo Meyer vi conchiuderà, che ad onta di tutti questi riflessi, esso non sta in forse nel decidersi in favore della Corte di cassazione. — E quale è la ragione? Ragione di tutto si è che Meyer trema sempre alla memoria dei Parlamenti di Francia; e teme anche del potere e delle invasioni della suprema Corte, tuttochè priva di quell' arme che è il giu-

dizio di fatto; e ciò che a noi parrebbe sentire perfino di scherzo, Meyer vi dice che è il fino ed il bello. Meyer vuole appunto far controllare alla sua volta dai tribunali soggetti la Corte suprema; e vi costruisce a quest' uopo questo sistema di resistenza, nel quale la Corte censura i tribunali minori, e i tribunali minori tengono in freno la suprema Corte — ed ecco parole dell' acclamato scrittore: « se la Corte trascendesse i limiti delle sue attribuzioni; se, invece di applicare le leggi vigenti, essa ne crea delle nuove; se per una interpretazione forzata, od anche una manifesta violazione delle disposizioni legislative essa viene surrogando le leggi con una giurisprudenza loro estranea od opposta; se l' influenza da lei esercitata su tutti i tribunali le consente di rendere generale ed uniforme questa giurisprudenza, quale autorità sarà capace a reprimere questi eccessi? E per converso, non lasciando alla Corte suprema se non la facoltà di annullare le sentenze proferite contro la legge, senza ch' ella abbia il potere di sentenziare, imponendole l' obbligo di rimettere il merito della causa ad un altro tribunale, essa non avrà che un potere, a così dire, puramente negativo, senza avere in sè stessa i mezzi di fondare un sistema di applicazione contrario allo spirito della legge; l' esercizio delle sue funzioni altro non sarà che un preservativo, e non potrà cagionare que' disordini che è destinata ad impedire. »

E chi paga questi rinvii, chi fa le spese a questo viluppo di cause alle quali può dar luogo una causa

sola con siffatto ingegnoso sistema? — Ma passi ancor questo, purchè rimanga almeno costanza in questa nuova paura. Ma allora quando la Corte, ad un secondo rinvio, manda al giudice bella e fatta la sentenza non sua, ch'egli dovrà pronunciare, forse che la Corte rimane ancora potere strettamente negativo, e si limita ancora a cassare? In questo caso non giudica essa da per sè, non giudica di fatto al pari di ogni altro tribunale, colla sola differenza di questo modo di fare e non voler sembrare che faccia; e far quindi dire da altri la sua parola; e colla giunta di questo morale costringimento a giudice inferiore, il quale apprende in questo modo, che non è assoluto nemmeno pel giudice il dovere di pronunciar franco secondo coscienza, e che vi è anche pel giudice un caso in cui è anzi bello il fare contro coscienza?

Gli uomini di legge, ripeto, potranno nei loro criteri trovare assai ingegnosa anche questa parte del sistema; ma io credo che le istituzioni, anzichè coi tecnici soli, incaricati di movere la macchina, debbano far conto anche col senso comune, e con quelli pei quali sono fatte. E provatevi, come ne ho fatto esperimento io stesso, provatevi a cimentare questo sistema innanzi al giudizio del senso comune, e ben intendo di quegli uomini che, educati a larghi e pratici studi, sapranno pure, anche senza essere speciali dell'arte, aprirvi l'orizzonte di quei sommi criteri onde dovrebbe in ogni Stato ed in ogni Governo informarsi l'amministrazione della giustizia: provatevi, dico, e vi convincerete, che noi legali siamo i soli, ai quali è dato avere il sensorio di certe bellezze.

Digitized by Google

II.

Vengo ora a quello, che, fino dal principio di questa relazione, proposi come altro principale tema di disamina, cioè all'argomento della separazione del giudizio di diritto dal giudizio del fatto. — In questa teoria sta l'intelletto e dirò la quintessenza del sistema, il suo titolo di legittimità, la sua ragione di essere; ed, in rispetto a questa questione, non sono che secondari, ed anzi derivazione e conseguenza tutti i particolari appunti, che sono venuto promovendo finora. E questo è il motivo, pel quale a siffatto argomento ho riservato tutta una parte di questa relazione (1).

(1) L'argomento merita tanto più una ponderata disamina e tanto più importa, che ci mettiamo, una volta', ad intendercela chiaramente con questa teoria della sepa-

Digitized by Google

« Qualunque questione soggetta al giudice, qualsia decisione emanata dalla sua autorità è composta di due parti totalmente distinte; una delle quali appartiene alla individualità della specie, l' altra si riferisce a qualche riflesso generale di un ordine più alto: la prima concerne il fatto, la seconda riguarda il diritto. Queste due parti non possono e non debbono mai essere confuse ». Così Meyer. — « E chi non vede (così pronunciava anche il sig. commendatore Deferrari, proc. gen. presso la Corte di cassazione, inaugurando questa istituzione in Milano), chi non vede la intrinseca differenza, che separa gli errori di fatto da quelli di diritto? » — E in una memoria premiata in un concorso stabilito dal giornale *La Legge* trovo quanto

rabilità del diritto e del fatto, la quale regna già da tanto tempo, senza aver mai mostrato i propri titoli, in quanto che questa dottrina, sebbene faccia nella istituzione della Corte la sua più appariscente e pomposa figura, pure ha portata assai più vasta, che non sia quella di questa questione; e può ánzi dirsi l' anima universale di tutta la istituzione giudiziaria nei sistemi modellati ad uso francese. — Con essa si innesta la istituzione del Pubblico Ministero, specialmente nel caso in cui questo, a causa già ultimata e decisa, sorge d' ufficio a provocare una cassazione, che non può giovare più nulla nè alla causa nè alle parti, ma solo alla legge — e da essa procede quell' altra separazione, della quale pure confesso, che dispero di poter più mai comprendere ragione, la separazione cioè delle funzioni del procuratore da quelle dell' avvocato. — Si vorrà dunque concedermi di pigliare l' argomento con comodo; e mi si vorrà usare pazienza, se vi tornerò sopra con frequenti allusioni nel corso di questa relazione.

segue: « Quella locuzione, che, a somiglianza di trito proverbio, corre sulle labbra di molti, che dal fatto nasca il diritto, quasichè elementi materiali ed atti solamente a somministrare dati sensibili, possano per sè soli generare idee meramente intellettuali, la credo filosoficamente poco esatta, e nel giure costituito sommamente pericolosa (1). » Ma così sorge risoluto incontro a questa dottrina un altro scrittore: « Il lavoro del giudice non è quello di unire il diritto ad un fatto, come se fossero due entità distinte, ma sibbene di rilevare la natura giuridica e l'espressione propria del fatto: il diritto non può parlare che a mezzo dei fatti: voglia o non voglia il giudice, non può pronunciare che su un fatto. » Così, dico, si leva contro la dottrina della separazione dei due giudizi l' avv. Bartolomeo Magnani in un breve ed incisivo lavoro, il quale rivela nel dotto giureconsulto il filosofo abituato a quelle astrazioni, che sono la più completa espressione delle idee e delle cose (2). — E assai tempo prima della ca-

(1) Carlo De Angelis giudice di mandamento. *Legge* 1865, n. 100. Per vero dire la Commissione, che decretò il premio, censura questa opinione dello scrittore, quanto al giudizi civili; dice poi che la separazione è altrettanto chiara e netta nei giudizi penali (*Legge* 1865 n. 120). Io farò più avanti speciale esame anche di questa opinione della Commissione.

(2) Fra gli oppositori al sistema della Corte da me conosciuti nessuno, come il signor avv. Magnani, scorse così risolutamente, e con così netta ragione a contraddire perfino la possibilità della separazione de' due giudizi. Io mi pregio di dichiarare, che, anche in tempo, il signor avv. Magnani viene primo, ed io non sono che se-

tegorica negativa dell' avv. Magnani pareva dubitare della separazione dei due giudizi Dumoulin, il quale osservava che « *vel minima varietas in circumstantiis facti magnam solet inducere juris diversitatem.* » — E ne dubita, parlandone propriamente riguardo alla Cassazione, lo Sclopis, il quale nella sua preziosa operetta sull'Autorità giudiziaria (pag. 42) vorrebbe « un tribunale supremo, come quello della Cassazione in Francia, ma che conoscesse contemporaneamente del punto di diritto, e nel merito della causa. » — E ne dubita l' illustre ex-presidente della sezione dei ricorsi presso la Corte di cassazione in Torino, comm. Bandi, il quale trova « che la questione di fatto e quella di diritto sono d'ordinario inseparabili come la materia e la forma, come l'anima e il corpo; e che escludere la Cassazione dal conoscere il fatto, perchè in questo esame non è impegnato il gius, è tale un errore, che fa meraviglia, come abbia potuto creare illusione (1). » — E ne dubitano gli scrittori francesi, dei quali Mittermaier dice « che gli

condo; e che anche la mia più diffusa dimostrazione non contiene più di ciò, che disse più brevemente prima di me l' onorevole collega.

(1) *Legge* 1861, n. 5. Questo breve lavoro, ricco quant' altro mai di osservazioni, e in cui le inconvenienze del sistema della Corte sono esposte con uno stile, nel quale la rapidità della parola aggiunge vivacità e chiarezza all' idea, acquista, come ognun vede, speciale importanza dalla persona dell' illustre autore, di cui nessuno potrebbe essere più competente giudice, e che va esente persino dal sospetto di pregiudicate abitudini.

scrittori francesi, che esaminano queste cose, e che sono imparziali ed intelligenti, riconoscono, che l'ipotesi, con cui, per una sottile linea di demarcazione, vuolsi separare il diritto dal fatto, e stabilire così l'efficacia della Corte di cassazione, bene spesso non è fondata che sovra un'illusione dei legislatori ». — E ne dubita, per non dire di altri, lo stesso già citato Meyer, il quale nel periodo medesimo, in cui propugna, come or ora si vide, la separazione dei due elementi e dei due giudizi, continua con queste parole: « Nondimeno è soltanto la loro *unione* e la loro combinazione che comprende *le funzioni giudiziarie, ed è impossibile di isolarli*: senza questione di fatto non si dà ricorso al giudice; senza questioni di *gius* non vi è applicazione di legge » Così, dico, Meyer contraddicendo a Meyer.

La questione è precisa. — Forse taluno potrebbe a prima giunta dubitare, che i sostenitori della separazione, prendendo questa frase *giudizio di fatto* nel senso di quel giudizio, che verte sulla prova del fatto medesimo, intendano la separazione dei due giudizi così: che, pur occupandosi di tutti gli altri rapporti del fatto col diritto (natura legale, conseguenze giuridiche del fatto), debba poi la Corte astenersi dall'indagine della prova, accettando questa quale fu giudicata dai giudici che precedettero; ed accettando il fatto nelle circostanze e nei dati, quali vennero dichiarati dai primi giudici; e come fa la Corte d'appello nel giudizio in assise. E se tale fosse la dottrina, nè io nè gli avv. Magnani sorgeremmo a

contraddirla. — Io continuerei bensì a dirla irragionevole ed inopportuna, essendochè io non possa consentire in questo modo, che considera di minore importanza, in confronto alle altre, le questioni di prova, le quali pure sono questioni di legge, e sono assai spesso la questione decisiva della causa: ma non ardirei combatterla come una logica impossibilità, un non senso; — e dovrei pur ammettere, potersi la separazione sostenere almeno nell'ordine logico, e potersi mentalmente concepire anche una Corte limitata a quel modo nei suoi giudizi. Ma non è così la dottrina: essa è senza distinzione di elementi e di parti del giudizio di diritto; è per tutto il giudizio, cioè prova del fatto e natura giuridica del medesimo; ed è proposizione assoluta. I sostenitori della Cassazione non vogliono, per alcun verso, nè per ragione di prova, nè in questione di natura, contatto alcuno della Corte col fatto: vogliono un giudizio composto di soli elementi di diritto; combattono l'antico adagio *ex facto oritur jus;* e censurano anzi gravemente quelle Corti, che si lasciano condurre ad entrare in giudizi di apprezzamento del fatto, sotto pretesto, che i primi giudici abbiano commesso travisamento della natura del medesimo. Ora eccovi, se così posso dire, la mia dottrina: — e permettete, che io la prenda da lungi, e che mi mova con misura di passi, poichè si tratta del nucleo di tutto il sistema.

Come ogni giudizio, intesa la parola nel senso

generico dei filosofi, è, obbiettivamente parlando, la unione di un predicato ad un soggetto, così ogni giudizio, presa la parola nel particolar senso che disegna la funzione giudiziaria, altro non è, che una proposizione, la quale pronuncia della conformità o difformità di un fatto coll'ordine di diritto; ed è quindi la unione di questo predicato, che si chiama la *legalità*, il *diritto*, il diritto di *pegno*, il diritto di *servitù*, ecc., a questo soggetto, che è il fatto (di Tizio o di Sempronio) della cui legalità o illegalità, o della cui specie giuridica si ricerca. — Senonchè in quel modo, che, nel giudizio in genere, io non potrei unire al soggetto il predicato (il bello, il buono, il bianco, il nero) senza avere prima l'idea di questo stesso predicato; ciò che importa distinguerlo *ab omni non ipso*, e separarlo mentalmente anche dal soggetto medesimo, così è evidente, che, nemmeno nel giudizio di specie, giudizio legale, io potrei aggiungere al fatto, che è in controversia, il suo predicato, che è il diritto (sia razionale sia positivo), senza avere piena conoscenza di questo, e dell'ordine del diritto: conoscenza, che si suppone stare a sè, ed anzi si concepisce precedere ed essere mentalmente in noi, prima ancora che ci si proponga sia quella, sia altra specie di fatto. — Che anzi, defiggendomi, per forza di astrazione, nel solo predicato, e staccando il mio pensiero da ogni fatto contingente, io potrò perfino parlare del predicato, come se fosse una vera entità; e potrò ragionare di *bianchezza* o altra qualità, e teorizzare di *legalità*, e disputare sul

diritto, come se fossero non un predicato, ma una sostanza, e direi quasi una veste, che io posso applicare e sovrapporre a mio beneplacito ad altre sostanze ed a più specie di fatti: — e così a modo di esempio io potrò pronunciare questi astratti legali: che la obbligazione *est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ;* che la compera e vendita va distinta dalla permuta per tali o tali altri elementi; che la donazione si ha per compita con questi o con questi altri estremi, e simili. — E questi sono al certo tali pronunciati, che stanno e possono prodursi nel discorso da sè, astrazion fatta da ogni particolare specie di fatto: tanto che vi ragionano sopra, indipendentemente da ogni vera o ipotetica fattispecie, gli scrittori nei loro commenti, i professori di diritto nel loro insegnamento. Il che posto, continuo dicendo: se è di queste astrazioni legali che il signor Deferrari, a cui specialmente, come a venerando avversario, mi onoro di indirizzare la mia parola, intende parlare nel mentovato suo passaggio, nessuno al certo potrebbe torcere verbo alla sua sentenza; come nessuno potrebbe contendere, che altri possa pigliarsi il partito di declamare anche tutto il codice civile, per esercizio o diletto. — Fin qui, dico, la separazione del diritto dal fatto sta: ed in questo senso direi anzi, che non solo sta, ma è pure un supposto implicito ai pronunciati medesimi, a quelle stesse proposizioni — le quali, per loro natura, non sono che una astrazione della nostra mente, un prodotto estrasensibile del no-

stro pensiero, una forma, una categoria del nostro intelletto. — Ma, dopo di aver dato questa parte di ragione, che gli spetta, all'illustre magistrato, ammettendogli pienamente la possibilità della separazione in quella cerchia di teorie, di cui io stesso gli porgeva poco fa gli esempi, dovrei pure soggiungergli tosto, che, se non va più in là, e si limita a quella cerchia, esso, l'illustre magistrato, anzichè trattare, disvierebbe la questione; e — anche senza trarlo in logiche sottilità, per dimostrargli, che, con non molta proprietà di linguaggio, egli applicherebbe il nome di giudizi a quelle proposizioni, le quali non sono che la enunciazione di pure e formali nostre concezioni sul buono, sul bello, sul giusto e sull'ingiusto ed altre simili, che crea a sè, contemplando da sè solo, il nostro spirito (1) — non avrei che ad osservargli, che non è qui, che si appunta la nostra controversia, tutta tecnica e pratica; e che non è questo il senso, in cui i legali pigliano queste parole di *sentenza* e di *giudizio*; e che non è di queste astrazioni, che possa accontentarsi la funzione giudiziaria e l'ufficio del giudice — il quale, come lo vedemmo definito anche da Meyer, si è quello, non di recitare il codice, ma di applicarlo; ed è quello di pronunciare di un fatto nelle sue qualità e nei rapporti suoi col diritto, e dichiarare, quale dei due contendenti e dei due fatti, che piatiscono innanzi a lui in giudizio, possa pretendere al titolo di legale, ed invocare il sussidio

(1) Mi avverrà di tornare su questo tema più innanzi.

di quei mezzi, che la legge mette a disposizione del giudice, per proteggere i fatti giusti e reprimere gli ingiusti.

E procedendo anzi ancor più nelle concessioni, onde chiarire in ogni suo aspetto la questione, io gli ammetterò ancora, che quelle astrazioni, non solo entrano esse pure, esplicitamente o tacitamente, in ogni pronunciato di giudice, ma vi entrano anzi come elemento imprescindibile necessario; essendochè esse sono nullameno, che la regola che governa, il tipo a cui si indirizza e a cui chiede la ragione del suo pronunciare la mente del giudice. Ma dopo tuttociò soggiungerò di nuovo, che la ragione del giudicare non è il giudizio; e che i criteri legali, che informano una sentenza, non sono tutta la sentenza: — la quale, come osserva il già citato Meyer, si compone di due parti impossibili ad isolarsi, l'una delle quali si riferisce a qualche riflesso generale, l'altra appartiene alla individualità della specie; ed è, come esprimono nettamente lo stesso Meyer e Fremy-Ligneville, un lavoro di applicazione — e quindi mi ostinerò nel dire, che l'illustre magistrato non penetrerebbe nella questione. — Che se poi, ampliando la sua proposizione, come occorre per abbracciare nei suoi propri termini la controversia; se cioè, comprendendo anche quei giudizi di applicazione, ai quali io pure, ai quali anzi solamente sono disposto ad accordare nome di veri giudizi e di atti del potere giudiziario, intendesse dire, che anche qui possa stare la separazione del giudizio di diritto da quello di fatto,

io non esiterei a rispondere, che la proposizione non è pure nè concepibile nè intelligibile; e a rispondere, che qui starebbe piena la ragione del mio collega l' avv. Magnani: — e ripeterei con quest' ultimo quella così plastica sua frase, che è tutta una dimostrazione: che il diritto non parla altrimenti che colla lingua del fatto.

Io dovrò in breve invocare di nuovo la vostra pazienza, quando mi farò a giustificare quest'ultima mia proposizione: ma non vi disgradi, che io faccia in prima qualche altra parola intorno a quei pronunciati ideali, dei quali or ora vi tenni discorso; ed ai quali già dico fin d' ora — e si farà più chiaro in seguito — che dovrà ridursi tutto il lavoro della Cassazione, posto che questa debba limitarsi a dire del puro diritto. — Io credo, che il non avere ben posto mente alla natura di questi ideali, e considerata la parte che questi occupano nella funzione giudiziaria, sia il principale motivo, che ingenerò sui rapporti di questi due elementi di ogni giudizio, il *fatto* ed il *diritto*, un' opinione, che altrimenti dovrebbe fare meraviglia, che abbia potuto occupare di sè alcun serio intelletto. Per fermo quei tipi legali sono uno degli elementi di ogni decisione di giudice; ed essi, questi ideali, stanno a sè in un ordine astratto, e indipendente da ogni ipotesi di fatto: — ed ecco quindi come potè metter radice l'opinione di un giudizio di diritto, che possa reggere da per sè, senza supposto di fatto; e potè quindi immaginarsi una magistratura avente l'incarico di pronunciare unicamente in diritto. — Ma chiarito ora questo punto; riconosciuto

così in qual senso, ed in quali ristretti limiti possa essere un giudizio in solo diritto, e possa essere una magistratura costituita unicamente per questi giudizi, giovi ora esaminare, anche sotto altro aspetto, la natura di quei giudizi e l'operazione della Corte. — Io enuncerò tosto il mio pensiero: ridotta al còmpito di quei pronunciati, la Corte fa, in forma di magistratura, un lavoro, che non è di magistratura — ed un lavoro, che non può essere consentito a nessuna magistratura.

La Corte di cassazione potrebbe definirsi la magistratura delle massime, delle definizioni, dei teoremi; in una parola, della scienza legale. La conclusione sarà tanto più evidente, quando io avrò dimostrato, che la Corte non può fare alcun giudizio di applicazione: ma già noi lo presentiamo fin d'ora, sia per quanto dissi poco sopra, sia riflettendo, che egli è unicamente a mezzo di quelle massime, che la Corte può adempiere alla propria missione di unificare, ciò che equivale a dire, generalizzare la giurisprudenza. — E invero non si può generalizzare, che a mezzo dei generali: ora ogni fatto è una specie, che non può riscontrare che a sè stessa. Le massime invece, le quali sono un'astrazione della nostra mente, dedotta da una moltiplicità di fatti, sono per ciò stesso un universale, che può stare con una serie indefinita di fatti, che può stare cioè con tutti quei casi, che cadano logicamente sotto l'imperio della massima. — Ma se così è, egli è evidente, che con questi pronunciati la Corte non esercita fun-

zione giudiziaria, la quale, come già dissi essere rimarcato anche da Meyer, e giova ricordare, sta essenzialmente nell'*unione* e nella *combinazione* dei due giudizi *impossibili ad isolarsi*: ed è evidente, che con questi dettati dottrinali, che appunto si possono pronunciare fuori di ogni specie di fatto, perchè non appartengono ad alcun fatto, la Corte non fa che metter fuori, parata in sentenza, una pronunzia, che non è che una tesi di professore di diritto, un commento. — E se così è, perchè, io continuo, non diamo il loro proprio nome alle cose? perchè queste forme, questi riti, questi processi, in una parola queste mille difficoltà, così male corrispondenti alla sostanza delle cose, e che fanno così grave e dispendioso alle parti ed allo Stato lo splendore della Corte? E perchè chiamare innanzi alla Corte queste parti, che spendono e che soffrono; e obbligare queste parti a narrare per filo e per segno la loro storia di fatto; e obbligare la Corte medesima a ritessere questa storia nella propria sentenza, e a segnare distintamente in questa i motivi di diritto ed i motivi di fatto? perchè dico queste recitazioni di fatto, premesse a pronunciati, che non hanno bisogno di alcuna specie di fatto, e che non intendono di giudicare di alcun fatto? — Vi ha forse bisogno di tanto per bandire, ove si creda, all'urbe ed all'orbe, che il padre deve mantenere ed educare i propri figli; che i figli debbono rispetto ed obbedienza al padre; che il marito è il capo della famiglia ed altri cotali dogmatismi? Ed hanno forse bisogno di questi apparati professori di diritto e scrittori

di materie legali, che pure non si occupano che di questi medesimi studi e di queste stesse dottrine? Ed è mai venuto in mente a nessuno, che fosse necessità di una magistratura per i comandamenti del decalogo? — E perchè non si erige, senz'altro, la suprema Corte in sezione legislativa, come voleva Robespierre? perchè si dà al procedere ed al lavoro della Corte tale apparenza contraria alla verità delle cose, da parer fino, se mi è permessa la frase, un volerla dare ad intendere, una ciurmeria? — Io ho usato un'assai grave parola: pure tale è, e non per fatto di alcuno, ma solo per colpa di lei stessa, questa istituzione della Corte. Una magistratura per la legge, un'Autorità giudiziaria per la scienza, è un cumulo di contraddizioni, che si accusa da sè stesso coi propri termini (1).

Io diceva or ora per figura: perchè non si fa della Corte una sezione legislativa? E invero la Corte, mentre è un commento, quanto al significato delle sue sentenze, diventa un commento privilegiato, una interpretazione autentica, una funzione legislativa, quanto a' suoi effetti. — Ma ui le considerazioni si fanno di tanto più gravi; e qui la questione di forma trapassa a questo ben più serio e sostanziale quesito: se, sotto nessuna forma, possa consentirsi a nessuna magistra-

(1) Ove si volesse ad ogni costo una istituzione per dirigere la giurisprudenza, io appoggerei piuttosto il sinedrio di giureconsulti eminenti proposto dall' avvocato Giuriati.

tura il promulgare dettati, che nell'ordine legale risultano ad un esercizio del potere legislativo; e nell'ordine intellettuale riescono ad una definizione dogmatica; — e se questo potere lo consentano i nostri ordini governativi, che si impernano nella divisione dei poteri; e se lo tolleri ai dì nostri, colla nostra civiltà, la ragione della scienza.

Una magistratura istituita, fosse pur solo per alcuni casi, con facoltà di interpretare autenticamente la legge; e che fa così la legge fuori dei modi, coi quali lo Statuto fondamentale ordina che siano fatte tutte le leggi, è una proposizione che contiene nelle sue medesime frasi la ragione della sua condanna — nè la ragione vien meno per pochezza di casi, poichè la questione non è di grado e di quantità, ma è di massima. Io quindi non mi fermerò pure a farvi sopra parole: e solo toccherò di una sentenza, che odo in bocca di alcuni, e colla quale, colle convenienze stesse dello Statuto, si vorrebbe in alcuna guisa giustificare questa infrazione dello Statuto. -- Si dice che fra le dispute legali, che dividono in contrario senso la magistratura, possono alcune volte presentarsi di quelle, in cui, più che imperizia di giudici, abbia colpa imprecisione, ambiguità o altro errore di legge; e si soggiunge poi, che, siccome sarebbe inconveniente assai grave per molti rapporti, recare innanzi al parlamento quelle piccole dispute, le quali, per la ragione che le fa nascere, non sono infine che private querele, così

nessun migliore espediente, che deferire il giudizio della disputa, e con esso la dichiarazione di questi *enigmata legum* a quell'alta magistratura che è la Corte. — Ma forse che possono dirsi piccole querele, e dispute da tenersi in minor conto quelle di questi enigmi legislativi, nei quali, non le parti sole sono in causa, ma è in causa con queste anche la legge medesima, e trattasi di rifare la legge? E se ne impazientasse pure il parlamento, ciò che io non permetterei a nessuno di credere, io risponderei franco ancora: giudichino infrattanto i tribunali per la specie e per le parti; e poi si batta pure, per la legge, alle porte del parlamento, che alla fin fine è fatto, e siede per questa. — E risponderei, che, a volere sinceramente libertà e Statuto, è pur necessario pigliare anche per queste istituzioni quella parte di imbarazzi e di incomodi, che sono inseparabile accompagnamento di ogni più opportuna umana fattura, nè pretendere di fare governo, ora a modo d'Italia, ora a modo dell'Austria, come può giovare al momento. — Risponderei, che, *a priori*, e nel più assoluto modo, io respingo ragione, per rimuovere di un solo punto i termini, che segnano i confini de' diversi poteri dello Stato, e dimezzare la funzione legislativa, ed ora far legge in parlamento, ora far legge in tribunale: — e risponderei da ultimo, poichè garbano tanto simili argomenti, con un esempio francese: « Nata, così Mittermaier, dall'antico Consiglio delle parti, e posta in atto per le particolari condizioni della Francia nel 1790, doveva (la Cassazione) essere il mezzo

di far rispettare le leggi, e mantenere l'uniformità della giurisprudenza. Ma a poco a poco si venne a conoscere, che la vagheggiata unità non si otteneva colla Corte, e che lo scopo andava fallito. Quivi la legislazione francese vacillò; fu sentito il pericolo di affidare alla Corte di cassazione, la quale, come tribunale, non dovrebbe esercitare che funzioni giudiziarie, l'autorità di un corpo legislativo. » Continua quindi lo scrittore narrando, come anzi si cercasse provvedervi col decreto 5 ventoso, anno IX; e narra pure come in effetto « nel 1828, con legge 30 luglio, si giungesse perfino all'estremo di distruggere intieramente l'autorità della Corte di cassazione, essendosi pronunciata la indipendenza dei tribunali inferiori; e come con quella legge venisse ordinato, che se la Corte avesse cassato per due volte una sentenza fra le medesime parti, e per gli stessi motivi, la causa doveva in appresso essere decisa dalle Camere unite, e dovesse portarsi notizia del caso al re, affinchè risolvesse il quesito, in via di una autentica interpretazione. » Così, in confronto alle nuove larghezze, così la Francia borbonica era osservante della disciplina dei poteri. — E qui non posso omettere di segnalare questo singolare contrasto, che i sostenitori della Corte presentano contro i propri istinti e contro sè stessi: — ora pieni di paura, ora pieni di coraggio. Noi lo abbiamo già veduto: la memoria del parlamento di Parigi li perseguita, ed hanno paura che un tribunale, sovrano nel regno del diritto e nel regno del fatto, non mi-

nacci un bel giorno, colle forze congiunte d'entrambi i suoi regni, la salute della patria: tanto infatti ha tentato il parlamento di Parigi. Si dividano quindi, essi dicono, i due regni e si faccia una Corte, con solo potere sul diritto; una Corte, che, estranea ad ogni fatto, estranea all'affare, alla causa, alle parti e ad ogni loro interesse, e tagliata così fuori d'ogni umano contatto ed affetto, non avrà altro incarico che quello di mantenere rispetto, e dir laudi alla legge. — Che anzi, siccome anche una Corte così fatta potrebbe pur risentire gli stimoli delle umane concupiscenze; e per ripetere le parole di Meyer, potrebbe *trascendere i limiti delle sue attribuzioni; e, invece di applicare le leggi vigenti*, essa potrebbe *crearne delle nuove, e con una interpretazione forzata, ed anche con una manifesta violazione delle disposizioni, potrebbe venire surrogando le leggi con una giurisprudenza loro estranea:* nel qual caso coll'*influenza da lei esercitata su tutti i tribunali, nessuna Autorità sarebbe capace di reprimere questi eccessi*, così la si disangui ancora alcun poco; e così conformiamola in guisa, da non *lasciarle che la facoltà di annullare le sentenze proferite contro la legge, senza che essa abbia il potere di sentenziare, imponendole l'obbligo di rimettere il merito della causa ad un altro tribunale*; e non lasciamole *che un potere, a così dire, puramente negativo;* e facciamo ch'essa *non sia che un preservativo.* — Così è, riassunta nei suoi due punti capitali della separazione dei giudizi, e del metodo dei rinvii, così è tutta la ragione dei sostenitori

della Corte. — Ora invece, come dissi, eccoli pieni di coraggio; nè più temono di aprire alla Corte perfino le porte del potere legislativo, e farne una succursale, un complemento del parlamento; e incaricarla di supplire essa stessa ove occorra, dove mancò il legislatore. — Se non che qui sono io che mi confesso in travaglio di paura; ed oltre quella, che or ora accennava, ne ho altre, delle quali parlerò in seguito.

E che direbbe, ai nostri giorni, la scienza di questa ragione sopra la ragione, di questa scienza armata in magistratura, che qui mette all'indice, colà dispensa patente di ortodossia, e dice: la scienza sono io, come altre volte si diceva: io sono lo Stato; e sentenzia in cattedra gestatoria nei tabernacoli della Chiesa protestante del libero esame e della ragione, come in un'altra Chiesa si dogmatizza sulla immacolata concezione? — Almeno qui si pronunzia dove la ragione stessa si interdice l'ingresso, e dove la scienza medesima si ritrae spontanea in faccia alla Parola, che si professa discendere direttamente dal Vero: ma la scienza autorizzata, la scienza-potere, dirò anch'io, usurpando una frase di Pellegrino Rossi, sono due termini che si devono ben meravigliare di trovarsi così maritati tra di loro: « La Corte di cassazione, in quanto mira a fissare delle norme di giudicare per l'avvenire, così l'avv. Magnani, non esercita un officio giudiziario, ma legislativo; ed è un officio ch'essa non può neppure esercitare, e che non può fare altro che pregiudicare la scienza. I dettati della scienza non

sono accettabili, nè riconoscibili, siccome tali, se non si legittimano da loro stessi, per quella evidenza, che è propria del vero, che parla ed impera a tutte le menti. Nelle pronunzie giudiziali vi ha sempre l'umana autorità che pon fine alla disputa; e questo elemento, di fronte alla scienza, produce l'effetto di offuscare la virtù e la luce del vero, che resta sempre appannata in proporzione dell'altezza e del grado dell'Autorità giudicante. Quindi chiunque voglia andare in traccia di un criterio di verità puro ed immune da ogni elemento estraneo al vero, non deve cercarlo nella parola del giudice, ma dello scienziato. Dio solo, essendo la verità, può godere autorità personale in fatto di vero. Lo scienziato, non parlando che a nome di questo, non spende alcuna autorità propria; e perciò i suoi dettati, non attingendo autorità che dal vero, in quanto di fatto appariscano desunti da questo, sono necessariamente autorevoli. I tribunali, pronunziando in via di comando, fan sorgere il dubbio, se il valore delle loro sentenze nasca dall'autorità umana, o da quella divina del vero. Che se l'Autorità, che intende troncare le dispute, cada essa stessa in errore, il rimedio divien peggiore del male, perchè, per quanto possa valere il prestigio dell'umana autorità, preclude la via alla scienza, che coi suoi naturali progressi avrebbe potuto risolvere la disputa veramente. Con questo mezzo dunque, anzichè togliere l'errore, si corre rischio di renderlo eterno, di transitorio ed accidentale che egli è per natura. La Corte di cassazione, sia che

si consideri come Autorità giudicante, sia come Autorità magistrale, presenta sempre cotanti assurdi e cotante contraddizioni, che, sebbene non possa paragonarsi, pel suo modo di giudicare, al tribunale dell'inquisizione, non è meno assurda di questo. »

Quale scienza poi possa derivare anche dalle sorgenti di una Corte suprema io lo dirò con due esempi, che tolgo, l'uno all'avvocato Giuriati, l'altro a Mittermaier. « Questo codice (il codice di procedura penale promulgato in Piemonte nel 1849) era un rito buono e liberale della giustizia punitiva. Vi passò sopra un decennio di sentenze interpretative della Corte di cassazione, ed il codice non era più quello. La libertà delle difese circoscritta, il potere discrezionale dei presidenti senza controllo ammesso, l'indole orale della prova trasandata, i processi verbali dei dibattimenti resi un vano accessorio, la motivazione delle sentenze incensurabile. Nè ciò avvenne già perchè la Corte in modo formale e positivo lodasse gli abusi, ma soltanto perchè, nello interpretare, non li represse: quindi molte cautele, che dal bel principio si osservarono collo scrupolo, quando violate non valsero ad indurre la nullità, si violarono impunemente e trionfalmente rispondendo: la Cassazione ha deciso (1). »

(1) « Così avviene, che non per deliberato proposito di osteggiare la libertà, ma perchè è ormai un abito contratto, vediamo questi magistrati diffidar sempre di tutto ciò che possa essere o parere liberale e progres-

Mittermaier poi, rendendo conto delle cause, che resero anche in Francia un vano desiderio quello dell' uniformità nella giurisprudenza di quella Corte suprema, scrive: « Come avverrà anche in tutti gli altri Stati, ha considerevole efficacia in Francia anche l' avvicendarsi delle condizioni politiche. Il Governo può avere interesse, che una certa opinione venga riconosciuta dal supremo tribunale, e può darsi che si impegni con ogni mezzo per farla trionfare; laddove, rendendosi poi più favorevoli le condizioni politiche, si possono sperare altre opinioni giuridiche migliori. » E in nota leggo ancora quanto segue: « si sa molto bene in Francia, che il Governo ha riguardo ai sentimenti politici dei membri della Corte di cassazione, facendovi esso calcolo sino dal momento che vengono eletti a questo posto. » — Io non aggiungerò commento nè sulle vivaci parole dell' avv. Magnani, nè sugli esempi dell'avv. Giuriati e di Mittermaier; ripeterò invece con più rimesso stile una osservazione che già mi occorse altrove: ed è: che noi siamo sempre a dubitare della natura di questa istituzione. Noi l' abbiamo già veduta in atto di indecisa persona, che, ora pende

sista; e sotto l' incubo di queste paure sorge e si forma una giurisprudenza più acconcia ad inceppare ed a ritardare il progresso umano, anzichè ad avviarlo — la nostra magistratura suprema, la nostra Cassazione ha sempre avuto una paura grandissima della libertà, e non cercò mai certamente ad aiutarla e consolidarla nella sua giurisprudenza. » Boggio, Tornata 20 febbraio.

all'interesse della legge, ora propende per l'interesse privato; e si professa pel sistema del duplice grado di giurisdizione, nel tempo stesso, che ci dà reminiscenza ed aspetto del contrapposto sistema della triplice istanza, dubbioso di sè e del proprio volere. Qui siamo ancora al medesimo fenomeno; poichè, mentre si dice tribunale, esercita officio, che è per natura legislativo; ed è una magistratura, che sentenzia teorie scientifiche; ed è cattedra, che dogmatizza in sollievo della scienza. Ed è una istituzione, che ci si dice essere un *quid sui generis*, e che ci si rivela essere un fuor di natura, un *nullius generis*.

Ma ritornando alla scienza ed a' suoi rapporti colla Corte di cassazione, io non voglio passare sotto silenzio il curioso ed ameno fenomeno — il quale implica anche un assai bello ed interessante quesito di scienza — che noi uomini di legge presentiamo al mondo scientifico in questa controversia sulla suprema magistratura. Una proposta per creare un'Autorità costituita, a così dire, serbatoio del sapere, e che regoli e tenga in giudizio, e sulle vie del Signore la scienza, sarebbe ai dì nostri, per qualsia cultore di altre arti o di altre scienze, per qualsia ceto di professionisti, un tale concetto da eccitare una ilarità simile a quella, che le gambe di Vulcano suscitavano tra gl'immortali, quando Ebe li aveva ben bene esilarati d'ambrosia. E ciò non già perchè il concetto dovesse parer loro fuori di ogni esempio: — essendochè ognuno sappia, come tutte

le arti e tutte le scienze abbiano avuto anch'esse, in altri tempi, le loro Autorità magistrali, le loro Cassazioni, se vi piace la parola; Autorità che tenevano loro le dande, e biascicavano loro il pane del sapere: e ognuno ricorda le accademie e le maestranze dei tempi scorsi; e, per la filosofia in particolare, ognuno sa quale fosse il dominio della scuola, e quanta l'autorità di Aristotile; e ricorda come il nome dello Stagirita, canonizzato maestro in filosofia, potesse accendere contro i ricalcitranti anche i roghi dell'inquisizione. — Ma la ragione della ilarità sarebbe questa, che già da tempo quelle arti e quelle scienze, essendosi provate a camminare e fare da sè, ed avendo fatto esperimento di attingere altrove che a quelle magistrali scaturigini, hanno licenziato tutori, protettori o dottori, e finirono a trovarsene ben liete; ed ora rammentano quei vecchi tempi, come l'uomo dall'*ætas animusque virilis* di Orazio, si ricorda dei baciamani e delle paure dell'età, in cui cominciava *pede certo signare humum.* — Così è nella lieta brigata delle altre scienze. Ma ecco, e questo è il fenomeno, ecco, al contrario, questo ceto legale, che già fu il più libero ed ardimentoso di tutti, e che anche ora si professa insignito della missione *tu regere imperio populos*, e si proclama sacerdozio, *cujus merito quis nos sacerdotes appellet*; e si dice mandato « a coltivare la giustizia, a mantenere la notizia del buono e dell'equo, la separazione del giusto dall'ingiusto, del lecito dall'illecito, e sostenere i buoni e contenere i cattivi, ed a diffondere

la vera, e non una simulata filosofia (1); » eccolo, dico, questo ceto, mal saprebbe dirsi se per timidità o per albagia, insorgere ed arrabattarsi, come per un titolo d'onore e per un privilegio, per il vantaggio di avere ancora la sua maestranza, la sua scienza colle frange e colla toga, e ribellarsi contro la libertà, e aggrapparsi alla veste del maestro, e invocare la ferula, e incominciare ad affaccendarsi, per questi aiuti e per questi apparecchi, quasi all'epoca stessa, in cui le famiglie cugine dei cultori delle altre scienze mettevano in fascio e mandavano ai ferravecchi i propri. — Ma quale può essere la ragione di questo fenomeno? Forse che le altre scienze vi si prestino meno agevolmente, per difficoltà di natura? Ciò varrebbe come il dire, che, se non fossero difficoltà dal lato della pratica, noi legali, quanto ad idee, noi non troveremmo a ridire, nel bel mezzo del secolo XIX, contro un ripristino di santa inquisizione per tutte quante le scienze. — Ovvero ne sarebbe ragione, che, quanto alle altre scienze, l'utilità del servigio e il valor del prodotto, il vantaggio cioè di unificare in una comune verità il pensiero dell'umanità, non valga l'incomodo di tentare la prova? e sarebbe quindi un privilegio, che invocheremmo in ragione della superiorità della nostra scienza; — come se, a modo d'esempio, fossero poca cosa, in confronto ad una questione di pegno, quegli ardenti problemi del Principio dell'essere e del conoscere, sul fine del-

(1) *De justitia et jure*, ff. § 1.

l'uomo, sulla vita futura, ed altri simili che furono detti il perpetuo tormento ed il perpetuo fantasma dell'umanità? — o sarebbe forse vero ciò che qualche malizioso Socrate moderno va celiando, che noi legali ci siamo fitti in pensiero di voler aggiungere, alle tante altre scoperte dei tempi nuovi, quella di cristallizzare, e render fossile il sapere?

Ma se fosse vero ciò, — e qui comincia il quesito scientifico, — prima di tentare questa solidificazione del sapere, bisognerebbe prefinire dove bisogna cominciare il processo; e dovremmo far capo da questo quesito: che cosa è la scienza del diritto, che cosa è la giurisprudenza, che cosa è l'ermeneutica legale? e stabilire, se dessa sia una scienza autonoma e prima, come le matematiche e l'ontologia, una scienza avente *asscità* e *perscità*, come dicevano i nostri vecchi del medio evo; ovvero una scienza seconda, che si genera da altre, una scienza che si alimenta e si rifocilla, ed abbisogna di altre; nel qual caso egli è evidente, che bisognerebbe cominciare da queste ultime. Il quesito, che io vi propongo in forma festiva, vi parrà, ed è davvero assai serio e assai grave: e io procederò anche a risolverlo colle parole di un illustre francese, al quale non credo sia per nuocere presso i legali il titolo di avere scritto in filosofia; essendochè esso pure sia entrato *in nostro docto corpore*, ed abbia fatto regolarmente il suo corso di diritto, studiando, come egli dice, i suoi cinque codici. « Guardiamoci, così scrive Lerminier, dall'isolare il diritto e la

sua scienza dal resto delle cose e dalla realtà. Certamente, per studiarlo, è necessità astrarlo e distinguerlo: ma, per comprenderlo, bisogna saperlo ricongiungere a tutto ciò che esso è. Il diritto è una parte della morale; la parte esteriore, a così dire, la parte obbligatoria verso gli altri. La morale stessa è una parte della psicologia; e la psicologia, centro di ogni cognizione filosofica, si rapporta colle sue laboriose induzioni all'ontologia, scienza degli esseri, scienza parallela alla religione, e che traduce in idee i veri, che la religione vi presenta vestiti col simbolo. Così, ontologia e religione, psicologia, morale, giurisprudenza: tale è la generazione delle idee, e la gerarchia del mondo morale (1). » Così, dico, Lerminier — al quale però, lo dirò di passaggio, io non posso perdonare di avere dimenticato nel quadro delle scienze affini della giurisprudenza, l'economia politica, la scienza, cioè, che dà la cognizione di quei fenomeni sociali, che sono il substrato di fatto dell'ordine del diritto. — L'illustre francese poi chiude con una questione, che io dirò di orizzonte, a questo modo: « Si decida ora, se il giureconsulto possa rimanersene straniero alla filosofia ed alla teologia storica » — questione che io applicherò alla nostra tesi dicendo: badino i legali, fin dove bisogna andare col processo di unificazione, se vien loro il talento di tentare l'unificazione della giurisprudenza. E veramente, o bisogna sentire ben basso dei nostri studi, dei no-

(1) Lerminier, *Histoire du droit. Chap. I.*

stri esercizi e di noi stessi — e bisogna non comprender di quel grande quesito di scienza, di arte, di letteratura, di storia, che si affaccia a chiunque si metta in cospetto ad un lavoro di codice; e nulla comprendere nell'ufficio di quel ministero legale, che, depositario del pensiero, continua quel lavoro nella successione dei tempi; e darsi ad intendere davvero, che nelle arguzie legali si fili la grand'arte del *regere imperio populos*, e nelle scaramucce del foro si fabbrichi la fortuna degli Stati, e maturino i destini dell'umanità: e bisognerebbe pure — lasciatemi dire anche questa — bisognerebbe aver coraggio di fischiare sul viso a tutti i grandi giureconsulti di Roma, ed a quel mirabile slancio d'intuizione romana: *ars boni et æqui, rerum divinarum atque humanarum notitia* — ovvero è pur d'uopo acclamare la sintesi immensa intravveduta da quei divini intelletti; e la giurisprudenza salutare come scienza di tutte cose, a cui ministrano come ancelle tutte le idee e tutte le scienze, e divino poema, al quale, come a quello di Dante, è d'uopo pongan mano cielo e terra — e bisogna riconoscere infine, che all'ardito mortale che si accinga ad unificare questa scienza, è mestieri tenersi entro il palmo di una mano l'universo sapere; e che a cominciare l'opera della unificazione, ove disegnano principio le idee, bisogna cominciare a mettere in dizione della Corte l'idea di Dio (1).

(1) Tu regere imperio populos, Romane, memento:
Hæ tibi erunt artes, pacisque imponere morem
. . . . . imperium sine fine dabo *(Eneide)*.

Senonchè le osservazioni che venni discorrendo finora, e sulle quali, per quanto io le tenga decisive, pure ammetterò almeno la possibilità del dubitare e del disputare, non riflettono che quella classe di pronunciati, che, come già avvisava, impropriamente si chiamerebbero *giudizi*, e non sono che semplici proposizioni e teoremi legali —

Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia: justi atque injusti scientia. Quis enim nos sacerdotes appellet (Institut.). — Così la ispirata musa del Cigno di Mantova sciogliieva, rapita veggente, fatidico cantico al gemino genio della sua Roma, che conquista colla lancia dei Quiriti, e riconquista colla toga dei giureconsulti, e spiega su tutti i suoi vinti, e spiegherà anche sui vincitori suoi, nuovo imperio, che non avrà fine, nelle discipline della pace e del civile costume. — E così suscitata all' accento, e raccogliendo quei solenne ricordo, così a quella musa faceva riscontro di ispirazione e di poesia la musa dei giureconsulti, inneggiando anch' essa al simpatico rito del nuovo regno promesso; e quei rito acclamando religione e sacerdozio; e la scienza delle cose divine invocando maestra e reggitrice delle umane. — E così, il poeta preludiava ai giureconsulti; e così nella parola di questi rifletteva più potente e distinta quella del poeta — ed erano due carmi, che, a distanza di secoli, si ripetevano in diverso metro, la medesima melodia. — Meraviglioso incontro di grandezza e di toni tra la storica musa, che, nella più armoniosa italica favella, suonò a Roma ed all' Italia antica il carme più nazionale dei giovani loro anni, ed insieme alle armi ed al pio Eroe, che ne fu il primo parente, cantò le tradizioni, le aspirazioni e tutta la palpitante anima di Roma: mirabile corrispondenza dico tra la Eneide, questa Bibbia religiosa e guerriera della antica Roma, e le tavole dei giureconsulti, questo Nuovo Testamento della Roma umana e civile dei tempi avvenire; e in cui questa regina, già vicina a sparire nella colluvie delle genti nuove, ma

essendochè se il discorso si porta a quei proferti giudiziali che sono veri giudizi, ai giudizi di applicazione, per questi dico e sostengo, che la separazione del giudizio di diritto dal giudizio sul fatto, non è pure concepibile, non è pure intellettualmente fattibile; ed escludo perfino la possibilità del dubbio; — e dico franco agli stessi

già fissa al giorno in cui risorgeranno i suoi fati, raccoglie nell' ultima sua forma, e forbisce nella sua più lucida parola l'idea dell' immortalmente predestinato suo genio.

E così fu il poeta gentile colla sua musa; e così furono i giureconsulti, veggenti e poeti colle tavole della legge, come, prima di tutti, furono i rozzi Quiriti dalla daga e dal giavellotto — e così furono tutti, guerrieri, giureconsulti, poeti, perchè in tutti spirava indomabile orgoglio ed affetto della loro alma Roma; ed era universale fremito di tutti gli spiriti, ed il Dio agitante di tutte le anime il nume della patria, e l'anima di Roma.

E noi uomini dell' Italia nuova; noi rachitici, che già più non sappiamo far passo, se non ci manda l'oltralpe le grucce; noi così facili novellatori in tutte le lingue, e immemori ormai della nostra; noi cui è duopo che insegnino gli estrani la storia e la scienza dei nostri padri, e ci dicano la lingua del nostro poeta e dei nostri veggenti; noi eterni fastidiosi vantatori, che siamo i figli dei grandi, e a cui lo straniero ricaccia nei precordi l'orgoglio con quella parola: che siamo figli di Roma noi, come son figli del generoso destriero gli insetti che pullulano dalla sua carogna (Lessing. Favole *Le Vespe)*; noi così giovani e già così stanchi; — stanchi così, che andiamo mendicando da quest' altra prestanza straniera, da questa Corte a uso Francia, il trovato che ci allevi la fatica del pensare e del vivere — che cosa abbiamo noi fatto della torra dei giganti? — e dove sono i nostri fremiti, il nostro orgoglio, — e che cosa intendiamo noi di fare della rediviva, della giovane Italia?

sostenitori della separazione, che essi la professano in parole, ma che essi stessi non la comprendono; — e non la comprendono

Per la contraddizion che nol consente. (*Dante*)

Non parrà credibile che tra legali debba essere oggetto di contestazione e di prova questa proposizione: che non si può formare un giudizio, non si può unire un predicato ad un soggetto, senza conoscere del soggetto; che non si può giudicare dei rapporti di diritto, ciò che vuol dire dei caratteri legali di un fatto, senza fare esame del fatto; che ogni giudizio che facciamo su qualsivoglia qualità di un soggetto, di un fatto, di una cosa, è un giudizio su quel soggetto, su quel fatto, su quella cosa: in una parola che non si può giudicare senza osservare; che non si può vedere senza vedere. Tutt'altri direbbe, che queste ed altre cosiffatte proposizioni sono verità di intimo senso, delle quali ripugna il contrario; e dubiterebbe che da senno noi legali agitiamo questa controversia. E che direbbero i cultori delle scienze fisiche, se vi faceste a richiederli dei caratteri delle sostanze e delle cose, che entrano nel dominio della loro scienza, e pretendeste che cominciassero a mettere da banda esperimenti, reagenti, stromenti, ed avessero a rispondervi senza vedere le cose? e vi faceste a domandar loro, che vi dicano le leggi della natura, ma chiudendo gli occhi dello spirito e del senso su tutto lo spettacolo della natura (1)?

(1) Sono ben persuaso che nessuno dei sostenitori della Corte si propone la tesi nei modi così crudi coi

Pure tale nè più nè meno è la tesi cui tocca sostenere agli oppositori della Corte di cassazione, per penetrare negli ultimi alloggiamenti di questa istituzione, che si erge maestosa come una chiesa fondata sovra la pietra, e che si discopre non essere fondata che sovra un non senso. — Nessuno vi dirà che si possa parlare dei caratteri, o, ciò che è lo stesso, delle leggi fisiche, delle leggi chimiche, dell'estensione, del colore, del peso ed altre qualità di una cosa, senza parlare della cosa. Vi ha invece una legione di legali, e vi hanno uomini prestantissimi nei suoi ranghi, che vi si levano contro, se pronunciate questa proposizione, che a voi parrà di egual genere di quella prima: che non si possa pronunciare quale sia la legge giuridica di un fatto, senza pronunciare sul fatto — e vi sentirete rispondere: Chi non vede l'intima differenza, che separa i giudizi di fatto dai giudizi di diritto; e vi sentirete dire, che quella locuzione, che corre sulle labbra di molti, che *ex facto*

quali la esprimo io per metterne in risalto l'errore: direi piuttosto, che essi non se ne rendono ben conto. Essa però è nel naturale portato di questa proposizione: separazione del giudizio di diritto dal giudizio di fatto. Poichè, quando si voglia considerare la funzione giudiziaria nel suo proprio còmpito, che è il pronunciare il *quid juris* nelle controversie private, e quando si voglia affidare anche alla Corte alcun che di ufficio giudiziario. e non ridurla a quel semplice lavoro di definizioni di cui già feci parola, io non so come a quella proposizione si possa attribuire altro senso che questo: di pronunciare il *quid juris*, cioè delle qualità legali di un fatto, senza conoscere e parlare del fatto.

oritur jus, non è filosoficamente esatta, ed è nel giure sommamente pericolosa: e non solo incontrate l'incredulità e la contraddizione nell'ordine delle teorie, ma vi vedete dicontro, posata sul contrario principio, quella massima fra le istituzioni giudiziarie, che primeggia su tutte nella gerarchia, e deve essere a tutte maestra; e che è questa stessa Corte di cassazione di cui stiamo discorrendo. — Non sarà adunque mia colpa se io sono costretto a trarvi in sottigliezze: la colpa è della questione, e della difficoltà di dovere rendere evidente l'evidenza; e di dover giustificare ciò che io ebbi finora « a guisa del ver primo che l'uom crede » e che ora odo chiamare un erroneo, un pericoloso proverbio.

Ogni scienza (1), dirò con una proposizione in cui concorda, qualsia la sua bandiera, spiritua-

(1) Non mi si farà aggravio, se, nel trattare questo argomento, mi sono valso di una forma, che parrà più per la cattedra, che non per la polemica, ed ho tratto la dimostrazione fino al suoi più generali elementi scientifici. Quando in una controversia si ha innanzi un oggetto ben determinato e positivo, e si ha di contro a combattere una affermazione precisa, l'oggetto stesso, e la stessa affermazione avversaria servono a chiudere entro limiti propri la polemica; ed i contendenti, anche senza cominciare dall'uovo di Leda, possono collocarsi senz'altro entro lo spazio segnato da quei dati. Ma io qui non ho nemmeno questo vantaggio. Fra i tanti sostenitori della Corte, dei quali ho potuto fare conoscenza, non vi ha alcuno che si sia cimentato ad una dimostrazione di questa separabilità dei due giudizi; nessuno che mostri pur dubitare, che possa essere persona, a cui quella proposi-

lista, materialista, tutta la scienza, ogni scienza non è che l'applicazione del nostro pensiero ad un determinato ordine di oggetti e di fatti, che con nome comprensivo chiamerò *fenomeni;* applicazione diretta a conoscere le leggi di questi fenomeni e ridurli ad unità. La stessa metafisica che si slancia verso l'unità e la legge suprema, al principio dell'essere e del conoscere; e quella pure fra le scuole metafisiche, che fece la massima astrazione dal mondo dei fenomeni, voglio dire la scuola di Hegel, non può dispensarsi da un fenomeno; e parte dal fatto del nostro pensiero: *cogito.* — Sono poi i diversi caratteri, ed i diversi aspetti, sotto i quali ci piace considerare il mondo

zione possa parere men limpida di evidenza; e tutti vi rimandano, ripetendola con diversi toni, con questa parola: chi non vede la intima differenza del giudizio sul diritto e del giudizio del fatto? — Così, per tutta dottrina, io mi trovo in faccia questa sola proposizione: Separazione dei due giudizi; proposizione, ciascun lo vede, che non è pure una affermazione, ma una nuda negativa: essendochè essa non sia che il logico equivalente di quest'altra: non esiste rapporto necessario fra il giudizio di diritto ed il giudizio di fatto. — Ed è così, che, non trovando punto ove mettermi per accorciare la via, ho dovuto di necessità cominciare dall'uovo. — Ho detto che nessuno si è cimentato ad una dimostrazione: giustizia vuole che io ne eccettui l'onorevole signor giudice De-Angelis, al quale, sebbene non possa menargli buona la ragione che adduce, debbo dare questo vanto, ch'egli solo fra i suoi commilitoni intravide la portata della sua proposizione, e vide che questa non può passare tra le evidenti. Mi onorerò di rispondere più innanzi al signor De-Angelis.

delle cose, o anche le singole cose, sono, dico, questi caratteri e questi aspetti, quelli che, facendo apparire al nostro pensiero diverse specie di fenomeni, ci porgono così anche il concetto di diversi ordini di leggi, e con queste il concetto di diverse scienze. E così diamo distinti nomi e limiti, e fissiamo propria provincia alle diverse scienze: e diciamo leggi e scienze *fisiche*, leggi e scienze *chimiche*, leggi e scienze *morali*, leggi e scienze *giuridiche*, e così via.

Ora che cosa è la legge? ed in qual modo ci formiamo noi nell'intelletto la cognizione della legge? Già fu detto con una frase famosa, di cui venne glorificato Montesquieu, e che l'illustre francese tolse ai giureconsulti romani: che la legge, e tutte le leggi non sono che la conseguenza dei modi di essere delle cose, rivelatici dalle qualità delle cose medesime; e non sono che le cose stesse *taliter se habentes* (1): — ciò che equivale a dire, che la conoscenza delle leggi non può essere che effetto della conoscenza delle cose; e che non altrimenti noi possiamo assorgere alla cognizione della legge, che colla osservazione, e con un profondo studio dei modi di essere delle cose. — *Rebus ipsis dictantibus;* così proferisce un'antica sentenza. Solo le cose ci possono dire la loro legge,

(1) Si potrebbe esprimere più nettamente questo concetto, che non facessero i giureconsulti romani quando, applicandolo alle servitù prediali, dissero: « Quid aliud sunt jura praediorum, quam prædia qualiter se habentia? ut bonitas, salubritas, amplitudo? » L. 86, ff. *de verb. signif.*

poichè la legge altro non è che il modo con cui sono fatte e stanno le cose; e non vi hanno cose senza leggi; e non vi hanno leggi senza cose: — e bellamente fu detto essere i fenomeni il simbolo delle leggi; e queste furono rappresentate come miriadi di geni volitanti intorno a noi, ad esercizio della nostra virtù, sulle ali dei fatti. — Datemi un fatto ed io, se mi immaginate istrutto da tanto, vi dirò tutte le sue leggi: e datemi tutti i fatti, ed io vi darò tutte le leggi fisiche, intellettuali e morali dell' universo. Dio stesso non è che un gran fatto: noi lo troviamo nel fatto intimo della nostra coscienza, lo troviamo nell'ordine dell'universo: Dio stesso noi ce lo componiamo coi fatti. — E fate la prova di immaginare non più esistenti le cose, e vi sarete reso impossibile, non solo qualsia cognizione di legge, ma anche qualsia attuazione del nostro pensiero (1). — Verrà poi tempo che il nostro spi-

(1) È questo un postulato in cui troviamo concorde tutta la filosofia, lochiana, condillachiana, e Comte, Littré e Taine, cioè filosofia sensista e positivista; kantiana, ecletica, rosminiana, cioè filosofia spiritualista. In ogni filosofia il giudizio è l' operazione colla quale il nostro spirito unisce un predicato (il bello, il buono, il giusto, l'essere) ad un soggetto. — Il giudizio per vero dire è qualche cosa di più, ma non occorre al caso nostro. Ogni giudizio infatti — e si pigli pure il più semplice ed elementare fra i giudizi — implica un'affermazione, e dice *è*; e questa parola *è* vi fa subito domandare: *che cosa?* implica quindi l'affermazione dell'esistenza di un qualche cosa; implica l'aggiunta fatta a qualche cosa, a qualche soggetto, per lo meno, di questa generalissima categoria o forma del pensiero e di questo universale predicato *dell'esistenza.*

rito, reso dalla ripetizione dell'osservazione e dall'esercizio famigliare alle evoluzioni della legge, piglierà anche abitudine a dare quasi personalità ed essere a questa legge, e a farla funzionare nel proprio pensiero indipendentemente dai fenomeni — e così ragionerà di *materia* e di *forza*, di *gravitazione* e di *attrazione chimica*, di *calorico*, di

La divergenza delle due opposte filosofie sta unicamente nel cercare, d'onde lo spirito tragga il predicato: essendochè mentre, come ognun sa, la filosofia sensista sostiene, che soggetto e predicato, ed anche ogni più generale predicato (gli universali), lo spirito li trova o li cava entrambi di volta in volta tutti d'un pezzo dalla sensazione, giusta il detto *nihil est in intellectu quod non fuerit in sensu*; contende invece la filosofia spiritualista, che, anche prima di ogni sua attuazione e di ogni suo esercizio, la ragione esista in noi con una forma sua propria, con una forma razionale; ed essa stessa la ragione aggiunga del proprio la sua forma o le sue forme (l'idea dell'infinito, del finito, e dei rapporti, come direbbe Cousin; la forma del tempo e dello spazio; o le categorie della sostanza e dell'accidente, di casualità e di dipendenza ecc., come direbbe Kant) ai dati fornitile dalla esperienza; la quale quindi non entrerebbe nelle nostre cognizioni, che per aggiungere al nostro intelletto una materia. — Ben inteso però anche in questa filosofia, che questa materia e questo concorso dell'esperienza sono così necessari alla operazione della cognizione e del giudizio, e sono eccitamenti così indispensabili alla nostra ragione, che senza di essi non vi sarebbe nè attuazione di ragione, nè cognizione, nè giudizio.

Si pigli adunque qualsia sistema filosofico, io sarò autorizzato a dire: che, senza presenza di fatti attuali o conservati nella memoria, veri o ipotetici, non vi hanno giudizi; e dirò essere un assurdo, che un giudizio di diritto, il quale, a detta degli stessi sostenitori della se-

luce, di *elettricità* e di altre leggi, come se fossero entità e sostanze a sè, distinte dal mondo dei fenomeni. — E verrà anzi tempo, nel quale, mano mano che la osservazione gli recherà innanzi altri fatti ed altri fenomeni, esso lo spirito piglierà quelle leggi come un regolo e come misura, per porla a riscontro di questi nuovi sog-

parazione dei due giudizi, consiste appunto nell'aggiunta del predicato di legalità od illegalità ad una specie di fatto, cioè al fatto su cui contendono le parti litiganti, possa essere senza materia e fondamento di fatto.

E qui, a chiarire sotto ogni suo aspetto la grave materia che ci occupa, almeno per coloro che pensano, che le speculazioni filosofiche valgano per qualche cosa anche nella logica legale, io aggiungerò qui una nuova osservazione sulla natura di quelle teorie legali delle quali ho già parlato altrove, e sulle quali ammisi io pure potere la Cassazione e chiunque dilettarsi od esercitarsi a beneplacito, anche fuori dall'influenza di ogni fatto — a modo di esempio la proposizione: che il contratto *est duorum vel plurium in idem placitum consensus*: che la donazione è (art. 1050 cod. civ.) *un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta.* Potrei dire, che anche in queste proposizioni voi pronunciate su un fatto, e lavorate intorno ad un fatto, sull'ipotesi cioè, che due o più persone convengano o abbiano convenuto in un medesimo oggetto; o che una persona si sia liberalmente spogliata del proprio per un'altra — in guisa che, tra questi astratti pronunciati, ed i veri giudizi, giudizi cioè di applicazione, la differenza è solamente questa, che nei primi lavorate sovra un fatto ipotetico, l'ipotesi cioè inchiusa nella definizione legale; mentre nei secondi voi operate su di un fatto reale, sul fatto cioè propostovi dalle parti, applicando a questo l'assioma legale, come predicato; e giu-

getti. Ma egli è poi altrettanto evidente, che, in tutti questi esercizi, la legge rimarrà sempre il risultato delle osservate e riconosciute modalità delle cose: e che, in ogni sua operazione di verificazione e confronto, lo spirito altro non farà, nè potrebbe fare, che pigliare da un lato la legge già da lui conosciuta, e prendere d'altro lato e pe-

dicando, che al vostro fatto conviene o non conviene quell'assioma. — Ma passi anche questa osservazione, e rimettendomi nella cerchia delle astrazioni e dei gerghi filosofici, dirò, che quei pronunciati teoretici entrano nella classe di quei giudizi, che, con frase consacrata da Kant, dirò *giudizi analitici*; giudizi cioè, nei quali noi applichiamo ad un soggetto un predicato, che troviamo compreso nell'idea stessa del soggetto. Tali sarebbero, a modo di esempio, le proposizioni: *il triangolo è una figura di tre angoli: il tutto è eguale alla somma delle sue parti;* e tali sarebbero gli esempi già citati della definizione della donazione e del contratto. Or bene, per questi giudizi, Kant medesimo osserva, e dopo di lui osservarono Cousin, Rosmini ed altri, che questi non sono veri giudizi; non sono nuove cognizioni, non sono nuove operazioni dello spirito; avvegnacchè in questi la nostra ragione non faccia altro che versare di nuovo entro il perimetro della medesima cognizione e della medesima idea; e, per quanto si ripetesse in mille forme quelle astrazioni, non aggiungerebbe mai nulla al patrimonio delle proprie cognizioni, non acquisterebbe mai l'idea di nessun nuovo oggetto: — e non sono che contemplazioni di un'idea, che, entrata nel nostro spirito, ne è diventata una forma; e non sono nulla più che un predicato, che non attende che una materia, per trasformarsi, congiunto a questa, in un giudizio.

Or bene, lecito alla Cassazione, e lecito a chiunque il ripetere e rivolgere in ogni senso nel proprio pensiero quelle astrazioni legali — e nessuno pure negherà, che

netrare nelle intime sue viscere il nuovo fenomeno, per verificare la legge, che sta nascosta negli involucri delle sue qualità; e riscontrare quindi, se questa corrisponda con quella ch'esso lo spirito già tiene in possesso; e se il fenomeno cada sotto l'imperio di questa, o di altra diversa legge.

Nè diversamente procede nelle scienze morali, dalle quali discende la scienza legale, la quale altro non è, che la morale interpretata ed applicata da un legislatore terreno. Ed in prova potrei dire

lo studio di queste non sia essenziale e nobilissima parte dell'ufficio del giudice, il quale deve aversele ridotte in perfetta forma del proprio intelletto, per averle pienamente maneggevoli nelle applicazioni concrete — ma la logica dirà, che allora solo il giudice farà un giudizio, quando piglierà quelle astrazioni, quei predicati, per applicarli ad un fatto — la ragion legale dirà al giudice, che allora solo egli diventa giudice, e si mette in seggio ed esercizio di giudice, quando si appresta a far valere quei predicati ad un fatto proposto in giudizio — e le parti gli potranno dire, che quell'articolo di legge lo sapevano già da un pezzo esse pure, e ch'esse son venute in giudizio, non per sentirsi ripetere quella definizione, ma per sapere chi di loro possa invocarla, e chi fra esse possa pretendere all'appoggio di quei mezzi che la legge volle commessi unicamente alle mani del giudice.

Io credo che non sia fuori di proposito portare a questi rigori e a queste origini primitive generali la discussione di una opinione, che occupa tante rispettabili menti, ed è divenuta loro idea categorica, e informa tanti altri loro giudizi: e credo non al tutto fuori di proposito il sottilizzare colle idee: almeno per quei legali che intendono che anche i nostri studi siano studi non di ciancie ma di idee.

senz' altro, *a priori*, che siccome tale è il modo di procedere e tale è la legge, nella operazione del conoscere, prefissa a noi dai modi di essere del nostro spirito, così ciò che abbiamo veduto verificarsi nella cognizione in genere, deve essere in ogni cognizione in ispecie, deve essere anche nella cognizione delle leggi morali. Ma poichè queste sono la materia, a cui si volge specialmente la nostra questione, così giovi anche un cenno di speciale applicazione, sì che non sia pure il sospetto che io scivoli sulla difficoltà. — Che cosa è infatti la legge morale, considerata anche solo nel suo primigenio e più generale concetto, se non conseguenza di questi due fatti: *sensibilità* ed *intelligenza*, che sono le qualità fondamentali e gli essenziali costitutivi dell'umana natura? E d'onde e come avete tratto questi principii, che sono il riassunto di tutti i nostri doveri: *neminem ledere, suum unicuique tribuere*, se non perchè tale è la conseguenza dei modi di essere della nostra natura, e, come direbbe Kant, l'imperativo categorico della nostra ragione? — Colla scorta di quei due fatti naturali noi cominciamo a porre il principio sommo; e non altrimenti, che col mezzo di una eguale operazione mentale, partendo da altri fatti, noi verremo tessendo in seguito, fino nelle sue più minute fila, tutta la tela della legge, mano mano che verremo rappresentandoci l'uomo nei diversi contingenti, che esso crea intorno a sè, o che suscitano intorno a lui le vicende della vita; e lo figuriamo nello stato di cittadino, di padre, di proprietario, di contraente,

od altri cotali stati di fatto. Tutta questa tela, dico, la componiamo ancora con questo processo: con un continuo esame dei fatti; e con quest'unica differenza, tra il primo ed i successivi processi, che, mentre in quel primo giudizio siamo partiti unicamente dalla considerazione del fatto degli essenziali costitutivi dell'umana natura, in questi secondi, terzi ed ulteriori giudizi abbiamo preso a considerare, non solo questo fatto universale primitivo, ma insieme ad esso anche quegli altri fatti contingenti, che nell' uomo gli si vennero successivamente aggiungendo. — E così è, a modo di esempio, che vedendo, come taluno di questi fatti avventizi nulla abbia che ripugni a quella natura dell'essere ragionevole, diciamo: questo fatto è *legale;* questa è cosa, che anche nell' ordine morale si *può fare;* e vedendo come altri di questi fatti (p. e. il furto) ripugni ai desiderati di quella natura, diciamo: questo fatto è *illegale*, questa è cosa, che nell'ordine legale *non si può fare;* — e diciamo: questo è un atto legale e valido di *compera e vendita*, quest'altro un atto parimenti legale di *permuta;* ed aggiungiamo inoltre, che questi atti produrranno tali e tali altre legali conseguenze, e ciò a seconda che li vediamo riscontrare all' una od all'altra di quelle leggi, che la ragione, o il legislatore terreno costituirono per quei fatti, che abbiamo convenuto di chiamare *compera e vendita*, o *permuta*, o altrimenti. — E noi pronunciamo, dico, questi nostri giudizi, sempre partendo dall'esplorazione dei fatti, nel modo medesimo che

diciamo in altre scienze: questo è un fenomeno *lucido*, quest'altro è un fenomeno *elettrico;* questo risultato meccanico *si può ottenere*, quest'altro *non si può ottenere;* queste due sostanze *possono* o *non possono* produrre la tale combinazione chimica. — Nell'uno e nell'altro caso noi componiamo, direbbesi meglio, dichiariamo la legge, traendola dalle qualità delle cose: e la differenza delle leggi sta in questo solo, che mentre nell'ordine fisico il poter essere o non poter essere è una necessità che dipende dai modi di essere della natura bruta, nell'ordine morale, invece, è un potere o un non potere, che induce una necessità, una legge puramente morale, e quale è consentanea alla speciale natura dell'essere umano.

Verrà poi il legislatore, il quale, schierandosi innanzi allo sguardo tutto il multiforme movimento dei fatti onde si va intrecciando la vita civile, vi dirà la legge propria di ciascun fatto; e così vi farà la legge del fatto *pegno;* e vi darà la norma pel fatto *compera e vendita,* e così via; e vi metterà innanzi tutta la vita civile raccolta e distribuita per gruppi in un codice, il quale così vi apparirà come un complesso di fatti e, dirò meglio, di ipotesi di fatti, coordinato ad un sistema di leggi, che dalla natura loro chiamiamo leggi giuridiche, il *diritto.* — E verrà da ultimo il giudice, il quale, prendendo per regola quei tipi del pegno, della compera e vendita, ecc., e fatto attento studio delle specialità dei fatti reali che verranno ad invocare da lui la loro giustizia, dirà legale questo, illegale quell'altro; e dirà che

questo riscontra alla legge del *pegno*, quest'altro a quella della *compra* e *vendita* e così via.

Tale è il modo di procedere dello spirito nella cognizione della legge. — L'essere in sè della legge, come quello di tutte le cose, sfugge allo sguardo dell' uomo; ma, in quanto essa diventa oggetto della nostra cognizione, la legge altro non è che la natura delle cose conosciuta dal nostro intelletto; è l'espressione di questa natura; è la parola delle cose; e di ogni legge materiale e spirituale noi tanto possiamo saperne e giudicare, quanto sappiamo dire di quella natura (1).

(1) Qui parmi opportuno luogo di fare al signor De-Angelis la risposta che ho promesso; e comincio dal ripetere le sue parole « Quella locuzione, che, a somiglianza di trito proverbio, corre sulle labbra di molti, che dal fatto nasca il diritto, quasichè elementi materiali ed atti solamente a somministrare dati sensibili, possano per sè soli generare idee meramente intelligibili, la credo filosoficamente poco esatta, e nel giure costituito sommamente pericolosa. Il diritto è eterno nella sua essenza, perchè è l' ordine morale. Non può quindi essere generato dai fatti contingenti, quantunque si appalesi nelle loro relazioni. Non è figlio del discorso della nostra mente quasi idea unicamente subiettiva, astratta e destituita di realtà obiettiva, ma si manifesta a noi, e ci si impone come volontà di autorità suprema ed estranea alla nostra elezione. Ora la scienza non consiste nella spontaneità dell' intuito, ma nel riflettere; e perciò difetta di vera cognizione chi, preso il fatto quale è, e quale si mostra, non vi sappia schiettamente accomodare i sommi ed incontrastati teoremi del giure. » — Queste proposizioni, sebbene assai concise, ed enunciate in una forma un cotal poco aforistica e concettosa, contengono nullameno netta e piena un'idea, che il signor

Ma ben diversa è la teoria che professano i sostenitori della suprema Corte e della separazione dei due giudizi, se pure io posso rendervi e rendere a me stesso conto di una teoria, che dichiaro di non saper comprendere, e che già dissi basata sovra un non senso. — In questa nuova

De-Angelis potrebbe a suo talento sviluppare in un trattato di filosofia in tutta forma: — e tanto io credo di avere perfettamente compreso il sistema dell' egregio scrittore, anche a fronte della brevità del suo eloquio, che credo di poterlo ridurre in una forma ancora più breve così: i dati sensibili, i fatti, non possono generare le idee, e il diritto, che sono un soprasensibile: il fatto, che è un contingente, non può produrre il diritto, che è un assoluto: dati sensibili e dati soprasensibili, il contingente e l'assoluto, sono differenze di essenza, che, come stanno separate nell'essere, così stanno distinte nel conoscere. » — Veramente codesto terreno su cui mi conduce il signor De-Angelis non mi parrebbe essere il più prossimo ed immediato a quello della nostra questione. Noi discutiamo umilmente in quali rapporti stia il diritto, il *quid juris*, col *fatto*, data una determinata fattispecie, portata innanzi alla decisione del giudice; l'egregio scrittore invece mi leva assai più sublime, e mi piglia il diritto universo, e mi trasporta al grande quesito, dei rapporti del diritto col fatto, dello spirito colla materia, del soggetto pensante coll'oggetto del pensiero, dell'intelletto colla natura. Ma tanto meglio così; chè le cose non ci possono che guadagnare a guardarle dall'atto; ed io mi proverò di seguire il valente autore anche in questa veduta, la quale, alla fine, non è che la nostra medesima questione levata alla sua maggiore potenza.

Il signor De-Angelis poggia assai alto nei suoi studi, e porta alle sommità, d'onde dovrebbe veramente cominciare, la investigazione sul diritto: ed appartiene alla filosofia spiritualista. Su questo punto l'egregio scrittore voglia avermi come un correligionario. Ma discendendo

dottrina fatto e diritto non hanno alcun intelligibile rapporto tra loro: le leggi non hanno bisogno dei fatti per farsi conoscere; ciò che implica il dire, che neppure le cose hanno bisogno della legge per essere e per conservarsi nel loro essere. — Che anzi, al dire dei più acuti e

poi alla nostra controversia, parmi di poter dire che egli confonde questione con questione; e confonde la questione delle essenze, delle sostanze, dell' *essere*, colla questione del *conoscere*; la generazione *produttiva* delle cose colla generazione *intellettuale* delle idee; l'ontologia colla psicologia. — Io ammetto ben volontieri al signor De-Angelis tutto ciò ch'egli assai giustamente nota sulla natura del sensibile e del soprasensibile, del contingente e dell'assoluto, del fatto e del diritto: ma tra noi la controversia non è sulla natura e sull' essere di quelle entità, non è sul cosa *sono* e in che modo sono in sè stesse queste entità; ma è sul come possano *emergere alla nostra cognizione*; ed è il grande quesito: in qual modo lo spirito entra in contatto colla materia, con qual processo, con quali leggi il mondo e le sue leggi penetrano nel nostro pensiero. — Se fossi obbligato ad esternarmi sulla questione dell'essere, risponderei, che anch'io tengo fede alla metafisica, come ad un bisogno ineffabile dello spirito, come ad un' ipotesi necessaria, come ad una prescienza di mondi che sono, ma che giammai diverranno quaggiù la conquista del nostro pensiero, e vi tengo come ad idea somma e necessaria a coordinare tutto lo scibile e tutte le idee: ma soggiungerei tosto che vi tengo fede, dicendo come Dante:

Che ciò che io dico è un semplice lume

e vi tengo fede

. . . . . *perchè più di largo*
Dicendo questo mi sento ch'io godo

e giammai ardirei tentare quei mondi coi metodi della scienza: e perciò mi limito al microcosmo della psicologia, cioè alla questione del modo del conoscere. — E anche su

rigorosi dialettici del sistema, i fatti intorbidano la legge, ciò che vuol dire, che i fatti e le loro leggi sono contraddittori che si respingono; ciò che tornerebbe come il dire, che nell'ignoranza delle cose e dei fatti sta il pinacolo della cognizione delle leggi e del diritto. — Fatti, dico, e diritto

questa via lo sarei pur disposto a concedere al signor De-Angelis, che l'assoluto, che il contingente, che il diritto siano forme innate del nostro intelletto; — e vorrei anche concedergli in ipotesi, se vuole, che stiano anzi nel nostro pensiero, non solo come semplici forme, ma come principii, e segni di idee, o come idee dormienti, a guisa dei tipi di Platone; — e darò a questi concetti tutta la realtà, tutta la obiettività, che il signor De-Angelis vorrà immaginare. Ma dopo tutto questo, domanderò, come avvenga, che queste forme si traducano in una cognizione, in una affermazione, che questi tipi piglino sviluppo e coscienza di sè ed il loro pieno essere nel nostro pensiero? e come fanno queste forme e questi tipi ad uscire dalla facoltà, per passare all' atto; come fanno a commoversi dalla primitiva loro inerzia ed indifferenza, per tradursi in nuova figura, in una miriade diversa di idee viventi, saltellanti nel nostro spirito, e che fecondano ogni giorno più, e popolano di mille nuovi mondi il nostro pensiero? È egli ciò possibile, senza che a quelle forme aggiunga una materia, un oggetto l'esperienza, senza che quei tipi abbiano l' eccitamento dei fatti? — E così essendo, potrebbe sostenermi il signor De-Angelis, che quelle forme, come si distinguono dai fatti nell' essere, così possano procedere senza l'aiuto, senza la materia dei fatti anche nel conoscere; e che i fatti non entrano nella generazione della loro cognizione; e che esse sono un pensabile, che può stare nella mente anche senza la compagnia di alcun fatto? — Egli è ben vero, come ho già notato, che in progresso di tempo, colla mente fortificata da ripetuti esercizi coi fatti, e resa capace a quel supremo e più potente suo atto, che è l'astrazione, noi potremmo

sono due mondi che non si attraggono, che non si compenetrano, che non si corrispondono, che anzi si urtano; — e solo può essere caso, che li pigli e li avvicini, e li obblighi a stare uniti, per diletto o per bisogno, la mano dell' uomo, che nel caso nostro sarebbe la mano

evocare queste forme e guardarle in faccia, e maneggiarle, a così dire, anche senza l'immediata presenza di alcun fatto; ma — omettendo pure l'osservare, che, anche in queste astrazioni, non facciamo che invertire le parti; non facciamo, cioè, che pigliare quelle forme e quelle astrazioni come un' oggettività, come una materia, alla quale pure applichiamo, come in ogni cognizione, una forma, cioè la forma più universale che è quella dell'*essere* — io domanderò se saremmo nemmeno capaci di questo atto di astrazione, se giammai non avessimo avuto presenza di fatti? — E posta a questo modo la questione, io non chiederò pure che il signor De-Angelis mi dia una risposta; poichè questa l'ho già in mano; nè la mente educata del signor De-Angelis avrebbe potuto fallire a sè stessa. La risposta io l'ho già in queste parole, e mi accontento di queste: il diritto non può essere generato dai fatti contingenti, *quantunque si appalesi nelle loro relazioni*, ed in altre simili espressioni, che si incontrano passo passo nella sua memoria. — Il signor De-Angelis confuse le due questioni: ma per l' intima colleganza che queste hanno tra loro, ha dovuto toccarle entrambe; ed entrato nella nostra, ha pur dovuto far sentire, che si trova con noi. — L'egregio scrittore non è riuscito nell'intento di stabilire una teoria per giustificare la separabilità del giudizio del fatto; egli anzi ha aggiunto alla mia persuasione, che una teoria sia impossibile. — Essendochè, se l'esperimento mancò al signor De-Angelis, colla mente che mostra di avere così educata a quel genere di idee, colle quali solamente si può costruire una teoria, io ne traggo nuovo argomento per dire, che a nessun altro potrebbe meglio riescire la prova.

del giudice — il quale pigliando una legge, ossia un articolo nel mondo dell'uno, cioè del diritto, a modo d'esempio nel codice civile, e pigliando un fatto nel mondo delle cose, vale a dire il fatto tradotto innanzi a lui dalle parti, adopera il primo per racconciare il secondo, e per usare della frase dell'avv. Magnani, adopera dell'uno come di una veste per applicare alle spalle dell'altro.

La dottrina, come voi ben vedete, mentre è la più radicale e la più ardita fra le dottrine, — essendochè non sia solo un sistema legale, ma è tutto un nuovo sistema di filosofia, ed è il rovescio di ciò che finora fu pensato su questa cardinal tesi dei rapporti dell'essere e del conoscere, dell'uomo coll'universo — è nel tempo stesso una dottrina al tutto negativa; poichè tutto consiste nel dire *non è*; che cioè non esiste rapporto tra il diritto ed il fatto, tra la legge e le cose, tra la conoscenza e l'esistenza. Nella vecchia scuola legge e diritto germinavano alla mente dai fatti, ed erano conseguenza delle qualità e dei modi di essere dei fatti, ed era quindi una relazione di generazione o reciprocità, o dipendenza, o come altro vi piaccia dire: ora invece abbiamo la più radicale negazione di questa scuola; ma nessun'altra affermazione, nessun'altra dottrina, che venga in luogo di quella. Io quindi rinuncerò a farvi sopra commenti, che non potrebbero riescire che ad una ripetizione del già detto e della vecchia scienza: — e proporrò invece alla nuova scuola due quesiti, teorico l'uno, eminentemente pra-

tico l'altro, e che sono: — 1.° Sapere in qual guisa, e con quale processo lo spirito si acquisti la cognizione delle leggi; 2.° con qual criterio il giudice, nella mentovata bisogna di unire il diritto al fatto, vada a prendere nelle pagine del primo l' articolo per applicare a quel fatto: se, a modo d'esempio, prenda a criterio le qualità e la natura del fatto, ovvero tragga a sorte, e quale vien viene tra gli articoli della legge; — e per metterla più chiara e sensibile: ecco qui, direi, la tale fattispecie — e lascerei imaginare quale più piacesse fra queste — ed eccovi qui il codice civile: ora sapermi dire, quale piglierete tra questi 2147 articoli del codice, e con quale criterio.

Ma volere o non volere, conchiuderò coll' avv. Magnani, vi sarà pure necessità giudicare coi fatti. « Queste due parti, il diritto ed il fatto, si rinvengono necessariamente in qualunque affare; ed è soltanto la loro unione e la loro combinazione, che comprende le funzioni giudiziarie, ed è impossibile isolarle » così, come già dissi, in un momento di fugace intuizione, scappò detto anche a Meyer. — E sapete che cosa avverrà in pratica a quel giudice, e si chiami pure supremo giudice, eccellentissima Corte, che, nel pronunciare in tale o tale altra causa, credesse di potersi dispensare dall'esame dei fatti, e di poter spargere sentenze, come il prete ministra, benedicendo, l'acqua lustrale alle turbe? Ne avverrà che, invece di giudicare del fatto che piatisce innanzi a lui, giudicherà di un fatto, che non è che un fatto ipotetico, che esso il giudice si sarà com-

posto, Dio sa come, nel suo pensiero: ma neppure così, nè giammai potrà liberarsi dall'incubo del fatto: e non lo potrà, ripeto, *per la contraddizion che nol consente.*

Così ci avvisa coi suoi criteri universali *a priori* la ragione; e così ci conferma in particolare in questa stessa istituzione che stiamo studiando, con due singolari fenomeni, quella grande verificatrice, che è la esperienza. — Odo quelli, che più tengono alla purità della istituzione, lamentare le invasioni, che alcune Corti di cassazione vanno facendo nella provincia del fatto, a pretesto di travisamento dei fatti. Io accetto la confessione, e domando quale possa essere la ragione del fenomeno, se non questa inseparabilità dei due giudizi, la quale fa sì, che, a meno di condannarsi quasi a perpetuo silenzio, e ridursi solo a parlare di teoremi e di massime, la Corte non possa pronunciare una parola in diritto senza domandare e pigliare la lingua dal fatto? — Lamenta invece un contrario fenomeno l'avv. Giuriati, il quale querela la taciturnità della Corte, rimostrando, come questa sia, ad ogni istante, a doversi mettere il dito sulle labbra nei più gravi problemi di diritto, e ciò pel motivo di non invadere le ragioni del fatto; e mostrando così l'impotenza di questa Corte, costituita in parole imperatrice del diritto, ma muta in realtà, ed inconscia quasi di quel movimento, ch'essa dovrebbe governare, e che le suscita tutto dì sotto i suoi occhi ed alle sue porte, la libera scienza.

E quale è la ragione? Ancora questa ragione della inseparabilità dei due giudizi; la quale, secondo che vi eccita coraggio, o più vi cruccia il timore, là vi trascina, volenti nolenti, nella provincia del fatto, e qui invece vi trattiene di entrar pure in casa vostra, e porre il piede nella regione del diritto. — E sono due fenomeni contrari, ma che conchiudono per diverse vie a questa medesima sentenza: che invano si tenta resistere alla forza delle cose — e che mi ricordano quel detto antico: « *quæ non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque Prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur* » e che io tradurrò liberamente e popolescamente così: che le cose, che per natura non hanno gambe, non vi ha nè parlamento, nè Ministero, nè suprema Corte che le possa far correre.

Ma forse mi si verrà opponendo un altro esempio, e mi si obbietterà, come la separazione cammini perfettamente nei giudizi penali innanzi alle Corti delle assise, nei quali, non solo sono disgiunti i due giudizi, ma sono distinte anche le persone dei giudici; e vi ha un giudice del fatto, e di questo solo, che è il consesso dei giurati; e vi è il giudice che pronuncia sul diritto, e su questo solo, ed è la Corte d'appello (1). Io rispondo

(1) Certamente aveva in mente questo esempio la Commissione la quale, decretando il premio ad una memoria già da me ricordata, e che dimenticai di dire essere dell'onorevole signor De-Angelis, ma censurando la dottrina della separazione dei due giudizi propugnata in modo as-

che pare, ma non è, rispondo che qui pure il giudice del diritto pronuncia anche sul fatto; e lo mostrerò trasportandovi ad un esperimento innanzi ad una di queste stesse Corti di assise.

Noi siamo nella sala del giudizio. — La prima persona che qui colpisce la nostra attenzione, per distinzione di posto ed importanza di funzioni, è il presidente della Corte: questo presidente, che esamina l'imputato, che interpella testimoni, che fa leggere documenti, e governa tutto il dibattimento, indirizzandolo alla investigazione di un fatto. — Ma quale è il fatto, di qual genere sono i fatti, dei quali si occupa questo alto magistrato? Studia egli forse a divertire sè o il pubblico congregato di curiose novelle? E quale è dunque il criterio che conduce le sue indagini, queste indagini sindacate, controllate, combattute ad ogni passo dalla Difesa? Quale è dico questo criterio, se non la legge, la quale, mettendo innanzi a questo magistrato una definizione di fatto (furto, assassinio, grassazione) lo regge ad indirizzare le sue ricerche per guisa, che si chiarisca, se questa definizione si riscontri nel fatto imputato alla persona che siede sullo sgabello degli accusati? — Il presidente dirige il dibattimento, e da ultimo propone i quesiti a' giurati. Ma forse, domando anche qui, che il presidente faccia quesito di ogni fatto pronunciato nel corso della investigazione? E qual è il criterio che regola

soluto dallo scrittore, soggiungeva per conto proprio, che questa separazione quanto è dubbia nei giudizi civili, è *altrettanto chiara e netta nei giudizi penali.*

questa nuova operazione della posizione dei quesiti, se non quel medesimo che già diresse il resto del dibattimento, cioè la specie definita dalla legge? — Come nel trattare una causa civile, colla guida della legge, l'avvocato procede alla scelta dei materiali ed alla costruzione della sua specie di fatto; e come col medesimo indirizzo della legge, nella stessa causa civile, discerne il giudice e raccoglie tra i fatti diversi discorsi innanzi a lui dalle parti, così nel giudizio innanzi alle assise vaglia seco stesso il presidente, fermandosi su questi, abbandonando quegli altri, vaglia dico i fatti risultati in processo; ed è sempre un fatto traguardato col prisma della legge. — E il medesimo presidente il quale, nel modo che dissi, ha messo insieme gli elementi di fatto, è pure quel desso, che, insieme agli altri membri, che compongono la Corte, pronuncia l'applicazione della legge.

Che cosa fanno dunque i giurati? l'uomo del volgo mi dirà forse, che sono i giurati che pronunciano sul fatto; ma l'uomo di legge che discerne vi dice, che i giurati, come avvisa questa stessa loro formola *consta*, *non consta*, non pronunciano che come prova dei dati di fatto, dati raccolti e proposti dal presidente collo studio, coi criteri, e negli intenti che dissi or ora.

Tre quesiti, tre pronunciati, pienamente distinguibili all'occhio della mente per particolari propri elementi e natura, occorrono in qualunque pronunciato di giudice; e sono: *a*) Il fatto consta? — *b*) posta la esistenza del fatto, quale è

la sua significazione, la sua natura nell' ordine del diritto? — *c*) quali sono le conseguenze, che il diritto applica a questo fatto? — Ora mentre i due ultimi sono giudizi eminentemente legali, e perciò demandati esclusivamente al giudice, è invece un giudizio simile alla affermazione o negazione di qualsia più diversa esistenza, e giudizio, che può essere commesso anche al senso comune, quel primo giudizio, che si arresta a dire, se il tal fatto, la tale circostanza si abbia o non si abbia a ritenere esistente. — E questo può correre separato dagli altri, perchè la prova di un fatto nulla ha di comune colla natura e colle conseguenze di questo: e sta al fatto, come la luce sta agli oggetti; i quali, sebbene non possano essere veduti senza la luce, hanno però qualità proprie che non sono la luce, e possono essere, anche senza che sovr'essi rifletta la luce. — E questo è il giudizio assegnato ai giurati; ed è tale giudizio, che male si addurrebbe come esempio contro la mia tesi, la quale non concerne che gli altri due giudizi; e che è: — che non si può pronunciare sulla natura e sui rapporti di un fatto colla legge; non si può pronunciare alcuno di quei giudizi che costituiscono la funzione propria dell'Autorità giudiziaria, senza attingere alla natura materiale del fatto medesimo.

Rebus ipsis dictantibus: dettante la natura delle cose, così, ponendo fine a questo esame, così io ripeterò con una antica sentenza, la quale

è un grave ricordo, ed è nel tempo stesso l'espressione riassuntiva della causa a cui risultano tutti i contrasti che sono venuto notando nell'istituto della Cassazione. — L'istituzione non riescì, perchè non si tenne conto della natura delle cose. — Si è voluto istituire una magistratura che fosse insieme una macchina di governo; si è voluto prendere altrove, che nell'indole e nei fini naturali della funzione giudiziaria, l'intelletto da immettere nel capo del corpo giudiziario, e comporre, a così dire, un cervello mezzo politico, mezzo legislativo entro le pareti di questo capo; e si volle far più e diverso della giustizia. Si volle in una parola far senza la natura; e la natura si ribellò, e gettò bastoni alle ruote della macchina; e ottenebrò l'intelletto del capo; e mise la contraddizione nelle viscere della istituzione, resa, a questo modo, inetta a qualunque intento giudiziario e politico.

E così avvenne, che istituita a regolare ed unificare la giurisprudenza, la Cassazione, non solo non giunse a regolare ed unificare la giurisprudenza, che le sfugge d'ogni lato, ma essa pure concorse a crescere la confusione ed il disordine; e vi aggiunse le gelosie ed i contrasti gettati tra gli operatori della funzione — istituita come leva a sgombrare gl'impedimenti sulle vie del progresso, finì ad essere impaccio e ad essere resistenza al progredire ed alle liberali innovazioni della legge — istituita ad un alto fine politico, la si vide inchinarsi ai cangianti interessi dei mutabili poteri politici — istituita ad essere

custode della legge, guardiana della divisione dei poteri, fu, per necessità d'ufficio, invaditrice della funzione legislativa e perturbatrice dell'ordine dei poteri — istituita in incremento della scienza, risultò al monopolio, e fu mezzo di compressione alla libertà del pensiero; e cominciò perfino col dettare come primo insegnamento, nella divisione dei giudizi del diritto e del fatto, un paradosso innanzi al quale si guarda attonita ed allibita tutta la scienza — destinata a librarsi altamente nelle eteree regioni del diritto spogliato del suo natural corpo del fatto, si vide sfuggirle insieme al fatto anche il diritto; e il grande interesse della legge non riuscire che all'abbandono dell'interesse privato — e pretese di essere tutto, e volle essere tutto insieme funzione giudiziaria e potere legislativo, chiesa e scienza, magistratura e cattedra, senza esser mai nè l'uno nè l'altro termine, e mettendo anzi la contraddizione tra tutti i termini. — Il punto, il solo punto, in cui la Corte non oscilla, e mantiene rigorosa parola, ed è mirabilmente e fatalmente conseguente a sè stessa, si è questo unico punto, di non essere in nulla istituzione di giustizia, di non essere per nulla una *morale*, nè la rappresentante dell'idea morale nell'istituzione dello Stato (1); di non es-

(1) Mantengo che la Corte non è una istituzione di giustizia, non è una morale nè rappresentante di un'idea morale. Se mi si dicesse, che, alla fin fine, coi suoi responsi essa proclama talora delle massime di morale, replicherei, che essa non la fa e non la attua, e la lascia fare alle altre magistrature; e se la giustizia o la morale vengono fuori di traverso, esse non sono il suo fine, e lo proclamano in coro tutti i sostenitori della Corte.

sere che un servizio amministrativo, una molla di governo, un interesse politico. E così avviene poi questa singolare, e dirò francamente, immorale inversione nell' ordine delle idee e delle cose, che la Giustizia, questa idea prima, da cui la scienza designa la genesi e la funzione dello Stato, non ha posto nè rappresentante fra le alte istituzioni di questo, ma siede ancella relegata nei bassi scanni della gerarchia, subalterno officio delle minori e delle infime magistrature: nel tempo stesso che vediamo levata ispiratrice e modello di queste, con nome di Suprema, una magistratura, che si professa di altra famiglia, che è straniera ai loro fini, antipatica ai loro istinti, la loro contraddizione. — E così, giovi ripetere, così riuscì questa istituzione della suprema Corte, non per colpa d' alcuno, che di chi le compose nelle viscere quella contradditoria natura, e volle innoculare nell'organismo giudiziario un elemento che lo corrompe, l'elemento politico.

* *

In principio di questa relazione, opponendo a me stesso l'obbiezione di coloro, i quali, ripudiando a giudizio della tesi che ci occupa le considerazioni di ordine esclusivamente giudiziario, vorrebbero introdurre, come criterio principale o correggente, l'elemento politico, io vi diceva, che, in fine di questa medesima relazione, avrei fatta ragione anche a questo obbietto. Io credo ora di avere adempito quel mio debito. — Il sistema della suprema Corte, come ha nella separazione dei giudizi la sua filosofia, così ha nelle sue pretese po-

litiche l'espressione del suo temperamento e de' suoi istinti; — ed io dico: disastrosa filosofia, e più ancora disastrosi gli istinti.

Io sono, quanto più posso dire, contrario ad ogni criterio politico nel giudizio di questa questione sull'ordinamento della suprema magistratura, e dico anzi, che più ancora che le sue vaghezze e le sue scientifiche eccentricità, si è questa intonazione politica data alla magistratura, ed è questa via sdrucciola delle finezze politiche, sulla quale si pone a scivolare la franca, la schietta idea giudiziaria, quello che più offende ogni mio sentimento in questa istituzione della Corte: — e così dico, perchè sono e fui sempre fermamente persuaso, che nessuna politica speculazione, nessun altro accorgimento, che quello di un sincero amore e volere della giustizia, debba por mano a comporre nessuna parte dell'Autorità giudiziaria, fatta per la giustizia; e che anzi la stessa vera ed alta politica raccomandi, come supremo interesse d'entrambi, il tenere ben ferma e rigorosa la separazione dei due elementi. — E qui lasciate che io vi apra per intiero la mia fede ed il mio pensiero.

Pare a me che anche troppo si parli di interessi politici ai dì nostri. — La politica domina nella pubblica istruzione, ove mi sembra, che, quanto più si magnifichi il cittadino, altrettanto si dimentichi l'uomo. La politica informa l'ordinamento giudiziario: la politica invade perfino il codice civile, ove anche troppo, a mio avviso, gl'interessi, che si dicono di ordine pubblico, usurpano sulle

ragioni della privata autonomia, che è la ragione specifica del diritto civile (1); ove mi sembra

(1) Citerò come esempio l'art. 493 del vig. cod. civ., il quale stabilisce, che l' usufruttuario possa fare locazioni valiture per cinque anni, anche dopo cessato l'usufrutto; ciò che vuol dire: sospendere per altri cinque anni, oltre il termine designato dalla legge dell'usufrutto e dalla natura dell'affare, il diritto del proprietario; e continuare a questo, per altri cinque anni, la servitù della cosa. Non è una ragione di equità e di riguardo a favore del conduttore dell' usufrutto — ragione colla quale vorrei essere più accomodante, come a quella che terrebbe ancora ad un rapporto privato; — non è dico una considerazione di equità pel conduttore, poichè questi ben conosceva la posizione del proprio datore, e poteva quindi misurare appieno anche la propria; ma è, come ciascun vede, un motivo di pubblica economia. Ora sembra a me, che questa disposizione, per un non grave interesse politico, sovverta uno di quei fondamentali principii di ragione sui quali si imperna e si aggira lo stesso codice civile, e che dettò a questo le principali sue disposizioni, il principio cioè della risoluzione del diritto di chi riceve, quando si risolve il diritto di chi dà: e che le conseguenze d' un affare non escono dalle persone che fecero l' affare. — Bene sta, che la sociabilità spieghi le sue influenze anche nel diritto privato; ed il diritto romano ci porge innumerevoli esempi di transazioni, colle quali sa mirabilmente consociare tra loro le due ragioni — transazioni per vero dire tra il *jus* e l' *æquitas*, anzichè tra il diritto civile ed il diritto politico — ma nella citata disposizione, prescindendo anche dalla considerazione delle inique collusioni alle quali essa si presta, abbiamo, non un temperamento, ma un totale sovvertimento; abbiamo il diritto politico che invade e padroneggia da solo in un campo che non è il suo, ed abbiamo il diritto privato che si ritira al tutto e sparisce dal proprio. — L' usufrutto è, per sua na-

che le minute convenienze dello Stato soverchino talora perfino il diritto e l'ordine della famitura, un rapporto a due; un rapporto cioè tra il proprietario e l'usufruttuario, e tra questi soli; ed un rapporto giuridico, a cui, meglio che in altre specie, l'indole stessa della cosa, anche senza dichiarazione delle parti, fissa da sè limite di tempo: ecco invece una legge, la quale, per tutto suo conto, cambia rapporti, e tempo, e persona; e tra il proprietario e l'usufruttuario pianta una terza persona, il conduttore dell'usufrutto; e sulla servitù innesta un contratto di locazione e conduzione, un contratto a cui il proprietario non intervenne, ed a cui deve nuliameno obbedire, ed a mezzo del quale l'usufruttuario gli prolunga il tempo della servitù; e dà ad altri più che non abbia egli stesso; e fa vivere nel suo concessionario un diritto che già si è spento nella sua persona — ecco, dico, una disposizione in cui sarebbe difficile riscontrare ancora un rimasuglio di quell'istituto di diritto civile, che diciamo servitù di usufrutto. — E bene sta, ripeto, che anche il diritto privato si contemperi col diritto sociale; ma quando vedo quest' ultimo sopprimere al tutto, e anche a fronte delle più vivaci resistenze, quel primo, io non so astenermi dal pronunciare la parola di socialismo.

E, parlando di quella disposizione del codice, io non esagererò pure la portata dei suoi pratici effetti: il caso di un usufrutto non è tra le specie che occorrano più di frequente. Ma, per ciò stesso, io trovo tanto meno da commendare una disposizione, la quale, senza pure potersi scusare da un grande interesse, fa così buon mercato del diritto privato — e considero i principii, i quali sono astrazioni, che paiono vivere nelle nuvole, ma che, al pari di queste, possono darvi la pioggia, e possono sprigionarvi la tempesta. — E considero, che il diritto privato è il sacrario della privata autonomia e della personalità; considero, che ogni abuso del diritto pubblico diminuisce, a così dire, la persona dell' individuo e rim-

glia (1); e il libro del diritto e del dovere mi pare tramutarsi in un regolamento di polizia.

piccolisce l'uomo, che è la stoffa del cittadino; e penso, che, se senza soggezione della persona non vi è Stato civile, non vi ha Stato nemmeno là dove la persona sparisce, e l'uomo diviene manciplo di cui lo Stato possa disporre ad arbitrio; e che, tanto nell'ordine delle idee quanto nell'ordine pratico, il principio della sociabilità e dell'ordine, ed il principio di personalità stanno come due principii primi tra i quali non si può concepire altro regime che quello della coordinazione e della sintesi. E considero da ultimo — ed è questo che più mi interessa di dire — che, se vi hanno Stati, nei quali un ben inteso pubblico interesse consiglia a tener alta e saldamente impiantata nella legge la bandiera del diritto privato, sono gli Stati retti, come il nostro, a democrazia — la quale, sciolta, come è per natura, persino da quel freno, che modera anche i più assoluti Governi, cioè l'opinione, essendochè essa stessa costituisca per lo meno l'opinione del maggior numero, trae anche troppo a credersi onnipotente, e a farsi lecito di ogni suo libito; e diviene talora il più dispotico, il più irragionevole dei Governi — e non è senza profonda sapienza, che il più democratico fra gli Stati, gli Stati Uniti d'America, ordinava il potere giudiziario, questo primo rappresentante della libertà individuale, per modo da resistere anche alle esorbitanze della più energica ed impetuosa delle democrazie.

(1) Mi sembra che colle disposizioni del codice civile sulla cittadinanza potrà essere non difficile il caso, in cui nella medesima famiglia siano il figlio minore con una cittadinanza diversa da quella del padre, la moglie non separata con una nazionalità diversa da quella del marito. Confesso che non mi arridono queste combinazioni. — Egualmente non saprei lodare la disposizione già mentovata, che permette al figlio di abbandonare, contro il dissenso paterno, la casa del padre. Non trovo

Anch'io chiedo che si faccia politica: ma non la miope politica dei piccoli congegni, studiati col pendolo, misurati a compasso, nei quali l'umanità e lo Stato vi sembrano conversi in una macchina, e le leggi dell'umanità sono scambiate colla meccanica; dove tutto è pesato, equilibrato, calcolato, tranne che la natura. — I fautori di questa politica — e lasciatemi dire, poichè sono vecchi rancori, e siamo antichi nemici (1) — a me sembrano giocolieri che si danno l'aria del genio: — e si credono geni, e si glorificano di aver trovato il sublime quando non hanno fatto

ragione di recare questo sfregio all'ordine della famiglia, in omaggio ad un patriottismo, che potrebbe assai spesso non essere che un'esaltazione giovanile, o anche un pretesto alla licenza; e credo assai poco a questi slanci di un amore di patria, che comincia dal disamore della famiglia. — E forse che il desiderio di arruolarsi nell'armata nazionale sia il solo nobile impulso, che possa spingere un figlio fuori della casa paterna? E qual ragione di mettere questo sentimento così in cima a tutti, che basti la sua apparenza, per togliere al padre perfino il diritto di rimostranza? Questa disposizione a me ricorda il monachismo d'altra volta, che rompeva perfino i vincoli del matrimonio.

(1) Ben s' intende rancori e nemici scientifici; ed a togliere ogni sinistra e men vera interpretazione, mi permetterò di aggiungere, che la contrarietà alla scuola politica fu l' idea fissa di ogni mio scritto, cominciando dall' analisi critica del sistema di diritto naturale di Zeiller, e dalla questione della proprietà considerata in rapporto alla filosofia del secolo XVI, XVII, XVIII, prodotti dal *Giornale delle scienze politico-legali* in Milano 1851. — Per gli uomini tengo l'amicizia e l'affetto, e sfogo le mie acrimonie colle idee.

che lo stravagante e il fuor di natura: e si danno ad intendere di veder largo, perchè hanno il talento di rimpiccolire gli orizzonti: e credono di tenere il mondo stretto nel pugno, perchè l'hanno fatto stare in quattro articoli di regolamento: e si felicitano di aver trovato il centro di gravità dell'umanità, perchè hanno saputo comporre quell'armonia sulla carta, che l'Amari chiama la sempiterna utopia dei piccoli ingegni. — Questi retardatari di una sapienza, che da mezzo secolo ha finito il suo tempo anche presso la lor maestra, la Francia, questi raccoglitori dei brani che la Francia lascia cadere sulle vie dei propri progressi; questi empirici del cataplasma e dell'emolliente, che hanno pronto il rimedio di tutto, perchè non sanno penetrare nel fondo di nulla; e sanno cavarsi da tutte le difficoltà, perchè hanno l'abilità di gettarsele alle spalle; e sanno sempre come costruirvi qualsia istituzione, perchè non hanno mai scrupolo a demolire e pigliar pietre nelle rovine di un'altra istituzione (1), — questi

(1) Richiamo esempi — dite che sarebbe un imbarazzo ricorrere al potere legislativo onde far sciogliere le ambiguità della legge? Ecco il rimedio: datene incombenza ad una Corte, e date a questa, ben s' intende, il bricciolo che occorre di potere legislativo. — Desiderate di trovar modo di unificare la giurisprudenza? Subito fatto: fatela fare per tutti dalla Corte. — Vi tenta paura che un supremo tribunale munito del potere sul diritto e del potere sul fatto possa tramar pericoli allo Stato? Dimezzategli la funzione, e lasciatelo col solo giudizio sul diritto. — E se anche dopo di questo vi inquieta un sospetto, riducete questo tribunale ad un potere negativo; stabilite che non debba sentenziare, ma solo cassare; e ricorrete all'espediente dei *rinvii*.

politici, dico, vi confesseranno anche, che la terza Istanza, per celerità, per economia e sicurezza d'effetti, corrisponde assai meglio che non la Corte di cassazione alla missione dell' istituzione giudiziaria, ed agli interessi della giustizia; eppure vi sacrificheranno imperterriti terza Istanza e giustizia, se esse non possono stare in equilibrio sulla *piramide* dei loro sistemi (1); e ben sapranno, ove meglio possa giovare all' effetto, vestirvi in zimarra o farsetto il Sacerdote della giustizia; e convertirvi in una furberia politica o in un mezzo di polizia il suo ministero. — E sapete poi perchè hanno così facile inventiva e così pronto intelletto? Egli è perchè non hanno la zavorra del cuore; e non hanno nè le profonde convinzioni, nè l' amore serio della scienza, nè la passione santa della giustizia — la quale non è solo un sapere, ma è una virtù, ed è una idea che non è nulla, se non è anche un affetto. Vedete infatti, se loro importa del diritto e della giustizia! L'ingiustizia! e che cosa è l'ingiustizia? nulla più che una disgrazia privata, un male individuale, come la peste; e a chi là tocca la tocca, diceva anche il povero Tonio. Una magistratura, che non vi renda che i piccoli servizi della giustizia! Idee piccole, orizzonti ristretti! avanti avanti: facciamo un' alta magistratura, una magistratura giudiziaria e politica, alla quale affideremo l'arca della legge, e la fortuna della patria.

(1) La nota piramide dei poteri della costituzione di Sieyès all'epoca del Consolato.

— Spremete poi questa legge, e li vedrete spasimanti per quattro definizioni, che metteranno una per ciascuno ai quattro angoli dell'unità d'Italia.

Anch'io voglio politica — Ministra a tutte le politiche e civili istituzioni, ed a tutti i legittimi interessi dei popoli, essa è quella che esplora le vie, e studia gli accorgimenti, e raccoglie e pondera i mezzi; ed è la grande arte del bene: ed essa manda talvolta ai suoi eletti le intuizioni e gli ardimenti del genio, che fanno tutta la fortuna di un popolo, e sono tutto un periodo di progresso. — E chi non s'inchinerebbe riverente, riconoscente, innanzi questa politica, innanzi questa grande arte e tattica del bene? Ma altrettanto io compiango quest'altra politica, ove più non vedo nè l'arte, nè le intuizioni, nè il genio, dove più non trovo che l'artificio, dove più non scorgo che le arditezze di una coscienza senza scrupoli, dove non mi vedo innanzi che la bancarotta della morale. — E compiango e combatto questa politica, perchè vedo, alla sua scuola, abituarsi Governi e popoli a cercare il bene fuori delle vie luminose del retto; e smarrire i grandi concetti e i generosi propositi; e impiccolirsi le menti, e abbassarsi colle idee il livello dei caratteri, e venir meno la virtù di tutti e di tutto (1). E la de-

(1) A me più che ad altri può essere concessa l'espressione di un rammarico, e gettare un fiore su una tomba deserta. — Fu con questa scienza politica, che fu abolito l'antico, il secolare Ufficio dei poveri: 330,000 lire parvero una spesa troppo enorme, per dare il pane quotidiano della giustizia ai poveri di 22,000,000 di italiani; a

ploro perchè vedo i Governi apprendere da essa a dispensarsi, a pretesto delle necessità della politica, dal dovere della legalità e di essere onesti: e vedo ai concepimenti dei grandi e permanenti fini dello Stato succedere la politica vivente alla spicciolata, alla giornata, affaccendata del momento presente, incuriosa e incurante che possa essere il diluvio domani; e le gare di partito scambiate per gli interessi della patria; e venir meno le grandi ambizioni del bene,

questa classe, che manda le midolle delle sue ossa, manda 300,000 delle sue più floride vite alle nostre armate. Si gridò: questi pitocchi ci costano troppo; e così la democrazia cancellò dal suo *budget* delle spese questa antica carità dei nostri re; e paurosa del fallimento dello Stato, si affrettò a proclamare il fallimento del povero. La antica Camera non parve pur credere che la sorte de' suoi poveri dovesse occupare direttamente i suoi studi, e mandò la cura al Ministero. Il giornalismo politico poi in piccolo, in grande ed in grandissimo formato, non eccettuato quello di *Dio* e del *Popolo*, che proclama nei meetings i plebisciti e la sovranità dei sans-culottes, il giornalismo aveva altro di che occuparsi, che della sorte della poveraglia dei suoi 22,000,000 di italiani; si dichiarò fuori di causa, e lasciò fare senza darsene per inteso. — Povera gente! — Allora quando veniva nella mia stanza a ringraziarmi di qualche favore dell'ufficio, io mostrando il ritratto del Re, diceva loro: ringraziate quell'uomo là: e quella povera gente ringraziava il Re; ed io era commosso. — Ma è fatta: non pensiamoci altro. — Ma, anche così, antico sacerdote costante alle sue fedi, io proclamerò pur francamente sulle rovine di quel tempio distrutto, che io non crederò giammai onesto e sincero ordinamento giudiziario — sincero, dico, a modo mio — se non quello ove io veda largamente ordinata come uno dei supremi doveri dello Stato la tutela e l'assistenza del povero.

e in luogo di esse la vanità e le velleità del potere; e tratti dalla china, discendere ad adulare le plebi, ed a piaggiare i potenti, e inchinarsi alle corruttele dei favori comprati e venduti anche i più disdegnosi ed onesti; e diventare supremo talento ed arte di Stato, l'abilità del destreggiarsi e di trarsi d'impaccio, e crescere la fatale importanza della facilità dell'ingegno e della mediocrità esperta ai ripieghi; ed un empirismo faccendiero ed ardito, manipolarsi tutta la pubblica cosa, e muovere a urti ed a scatti la macchina dello Stato. — E i popoli? i popoli, cui agita e perturba, senza commoversi, questa politica ingloriosa e digiuna, i popoli, che invano attendono dai Governi l'esempio, e indarno aspettano la parola che scuote le fibre e fa battere i cuori, i popoli pigliano in dispetto e i Governi e l'imbroglio; — e cessa il prestigio dell'Autorità e la venerazione della legge, e svanisce l'affetto della cosa pubblica e della patria: e i popoli si accasciano nell'apatia; e si avvezzano essi pure al fare ciascuno per sè, a ripiegarsi ciascuno sul proprio individuo e sul proprio interesse; ed assistono accidiosi ed increduli alle necessità dello Stato, in cui più non vogliono vedere, che gli imbarazzi degli uomini che stanno al potere; e nei liberi reggimenti gratificano di favori e di suffragi i nemici di questi uomini, per gusto d'opposizione, e per sfogo d'umore. — Così una buffa di scirocco spira sui popoli, sui Governi, sulla magistratura, su tutto; e tutto par sorridere e fiorire, mentre tutto si inaridisce, e si sfibra e corrompe. — Anche la Francia del luglio fioriva così: ma

che cosa avete voi fatto della vostra Francia, con codesta politica, o empirici della monarchia del luglio? — E anch'io, ripeto, voglio politica, e chiedo che siano saldamente piantate negli ordini dello Stato, sicchè siano altamente conscie della loro civile politica missione, e ardite come ad una battaglia, e devote come ad una religione, giurisprudenza e magistratura: ma io intendo la grande politica, la politica in compagnia della natura delle cose, e che si ispira a quel magistero e a quella legge, di cui fu detto che giammai iota passerà de'suoi articoli: — e intendo quella magistratura che fu dai padri nostri salutata in sacerdozio, e quella giurisprudenza che quei sommi consacrarono divina con quell'epica frase, che non finirò mai di ripetere: *scientia rerum divinarum atque humanarum: ars boni et æqui*, — E tutti insieme vogliamo che si faccia politica, ma ci mette agli antipodi la ragione degli orizzonti (1).

(1) Ho già toccato una grave divergenza, che mette tra me ed i sostenitori della Corte la differenza del punto di partenza, e continuando la figura, dirò la questione degli orizzonti, dove ho parlato di legislazione, di giurisprudenza nazionale. Giovi ricordarla, onde anche cogli esempi ciascuno possa fare giudizio sulla elavazione rispettiva delle due opinioni. — I sostenitori della Corte domandano qnes'alta magistratura, per rendere uniforme la giurisprudenza. Facciamo pure astrazione da tutto ciò che fu notato da Mittermaier, dell'onor. Boggio dall'avv. Giuriati, da altri ed ancho da me, a dimostrare l'impossibilità che la Corte riesca all'intento: e poniamo che riesca. Che cosa se ne otterrà? Avremo una, due, tre dozzine, e dite anche di più, di massime, buone o non buone, interno alle quali si sarà fatto si-

E per dire anche in particolare la mia politica, perchè in siffatti argomenti bisogna aver la coscienza di rendersi conto ed esprimersi chiaro, credo io pure, che un grande interesse politico sia affidato, come speciale loro còmpito, anche all'ordinamento giudiziario ed alla magistratura. — Istituzioni

lenzio; intorno alle quali si avrà rinunciato a pensare e a studiare; intorno alle quali si moverà con moto uniforme come una macchina, la giurisprudenza; intorno alle quali si sarà, come si dice, unificata la giurisprudenza. Io invece rinuncio ben volentieri a questa uniformità, per quest'altro intento di avere una giurisprudenza battagliera che ci faccia pensare e vivere; una giurisprudenza nazionale, creata non dalla imposizione di un officio, ma, fra la lotta delle opinioni, dal consenso della scienza; eccitamento ed incremento di intelligenza e di virtù nazionale. — Ora quale è il più alto orizzonte? A buon conto sta l'Austria per me, e sta l'esempio di tutti i Governi conquistatori e dispotici, i quali, a domare anche nell'anima i popoli soggiogati, non trovarono da ultimo essere miglior mezzo che quello di dominarli nella intelligenza, e colpirli nell'esercizio e nell'abitudine delle naturali loro attitudini: — e così in Polonia si comanda la lingua russa, e la si impone nelle scuole, nei pubblici documenti, negli atti degli uffici; e si perseguita sordamente la religione cattolica, perchè religione del paese — e così in Italia bisogna sapere di tedesco per potere aspirare agli impieghi; e non si vuol più una giurisprudenza italiana, ma solo austriaca; e nelle scuole si organizza un insegnamento, dal quale quasi scompare quello della lingua latina e della lingua italiana; ed anche nelle Università si favorisce lo studio digiuno e pettegolo, studio di casetti, di capziosità, di frastagli nell'insegnamento legale. — Potrei moltiplicare esempi ad arbitrio, solo ricordando le cose già discorse in questa stessa relazione, e potrei riportare

che sono parte necessaria nella grande istituzione dello Stato, esse non potrebbero pur sussistere, se non a condizione di portare anch' esse il loro contributo al fine supremo dello Stato. Ma il concorso loro a pro' del civile consorzio, e il posto che loro compete nella famiglia delle

qui nuovamente quelli che ho mentovati or ora: ma non posso ometterne uno, già memorato anch' esso, poichè è troppo caratteristico all' argomento: intendo parlare di quel concetto che questa scuola si fa della giurisprudenza e della scienza. — Io già lo diceva altrove: ottenesse pure la Corte unificatrice, più ancora che io non posso credere, il di lei intento; e giungesse a far tacere ogni dissenso, ed a porgervi, in capo ad alcuni anni, unificate ed accettate comunemente quante più potete desiderare massime del codice — avrà essa perciò la nuova scuola unificato gl' intelletti, avrà essa unificato la giurisprudenza scienza? Io dico in primo luogo, ch'essa non avrà unificato che l' universale accasciamento degli ingegni, l' universale silenzio — e domando in secondo luogo: ha essa ben pensato questa scuola che cosa importi unificare la scienza del diritto? Ha essa pur fatto il novero delle scienze e discipline, che vengono propedeutiche a questa, che forse a lei sembra così liscia e semplice arte della esegesi giuridica? — Ha essa pensato quanta scienza e qual cumulo di studi importino esse sole queste poche parole dell' art. 3 del codice civile: *ove il caso rimanga tuttora dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto?* — E non aveva io ragione di dirvi, che l' orizzonte di questa scuola sta tutto in quattro definizioni, nelle quali crede di poter rinchiudere la scienza, e colle quali crede di poter puntellare i quattro angoli dell'edificio della patria? — E non avrei io ragione di ripetere quest' altra frase, che il lavoro di questa politica è lavoro per magnificare delle arguzie?

civili istituzioni e nell' organismo del corpo dello Stato, non altri pretenda di assegnarlo a loro, tranne che la loro natura: nè vi ha arbitrio di legislatore e di Governo, che possa su di esse, più che possa trovato di arte, per comporre e distribuire le funzioni dell' essere umano: e per ciò stesso, che sono istituzione necessaria e prima, ed hanno fine a sè, non possono essere un mezzo per altre istituzioni, nè essere un espediente. — Manutentrice dell' idea, e di quel sommo interesse, che è pel civile consorzio la giustizia, l' Autorità giudiziaria ha in quell' idea il suo proprio fine; ed anzichè allearsi e farsi istromento a nessun interesse, è costituita moderatrice a tenere in segno ogni interesse. — E a nome di questa idea, e di questa sola, essa pronuncia tra cittadino e cittadino, e pronuncia tra cittadino e lo Stato, e mette regola e freno anche ai poteri di questo: e ricovrato ai suoi benedetti altari abbiamo veduto il diritto solo ed inerme sfidare ogni prepotere di ira nemica, e alle sue porte abbiamo veduto frangersi persino i cupi consigli dei despoti, e innanzi alla sua calma solenne arrestarsi colpito da religioso terrore il furore delle plebi: e guai a quello Stato, ove il potere politico ardisce stendere la mano alle sacre bilancie; guai a quel Governo, a quel popolo, che non si inchina, come a dominatrice, innanzi a quella idea. — E ad essa è direttamente affidato il deposito di quel decalogo che è il codice civile; e ad essa sono commesse la tutela della proprietà, la guarantigia della lealtà

del contratto, la custodia del domestico focolare e della religione della famiglia; ad essa lo spezzare ai popoli la morale e la edificante parola del diritto e della obbligazione. — E per essa lo Stato amministra la soddisfazione e la pace del vivere privato; e, con queste, la confidenza e l'affetto delle popolazioni agli ordini dello Stato e al Governo; e per esse colla privata moralità si educa il sentimento della legalità e della vera ed ordinata libertà; e si fa l'uomo, che è la stoffa del cittadino. — E, se la lascerete fare, essa vi pioverà da sè stessa tutti questi beneficii, senza strepiti, senza frasi, quieta quieta e feconda come rugiada. Ma a questo scopo, ripeto, uopo è lasciarla fare e abbandonarla a' suoi naturali istinti, non farla ancella di altri fini, e di altri servigi, e non domandare da essa altro servizio, che quello, a cui è ordinata per natura, quello cioè della giustizia. — In tempi che non sono ancora molto lontani, e certo per noi assai meno prestanti alle civili istituzioni, noi abbiamo veduto in mezzo a noi, in Lombardia, una Autorità giudiziaria, non fiorentissima forse per alti studi — e che cosa poteva fiorire sotto il Governo straniero? e furono forse meglio la letteratura, le arti e le altre scienze? — ma ricca quant'altre mai del sentimento del dovere, spettabile e veneranda quant'altre mai per elevatezza morale: e ciascuno di noi ricorda, quanto pubblico affetto e quanta fiducia le crescesse d'intorno: e i più provetti di noi ricordano pure come nel breve periodo della nostra libertà del

1848, l'Autorità giudiziaria, essa sola, col rispetto del suo nome, tenne fermo nella comune anarchia, e coprì col prestigio della sua autorità l'ordine sociale e le altre istituzioni dello Stato (1).

(1) Molte volte vado almanaccando tra me medesimo, ripensando quanta soddisfazione e fiducia di popolo potrebbe raccogliere intorno a sè, quali elementi d'ordine potrebbe apparecchiarsi, e quanta, e quanto onesta propaganda politica potrebbe fare il Governo nazionale, specialmente nelle campagne, se ancora potesse disporre di un' Autorità giudiziaria così benevisa, così rispettata quale era l' antica magistratura lombarda specialmente prima del 1848. — Io non mi taccio però, che, anche con ogni migliore ordinamento, all'Autorità giudiziaria attuale mancherebbero a quell'intento quei due principali mezzi di influenza, quali erano, la tutela costituita sugli esempi romani, col giudice avente la iniziativa e la responsabilità, avente quindi tutta la facoltà e tutto l'impulso a fare il bene; e la ventilazione ereditaria: istituzioni l'una e l'altra, nelle quali il giudice, svestito quasi delle forme del potere, veniva in continui cordiali contatti colle popolazioni, nella sua più attraente e simpatica figura, quella della direzione, del consiglio, della paternità. Queste istituzioni, si tolleri ai miei antichi affetti questa digressione, fuori di Lombardia si vollero sempre intendere a rovescio, a fronte di ciò che ne disse la stampa lombarda; e a fronte di tutte le informazioni, testimonianze e proteste, nelle quali furono sempre unanimi i pochi voti lombardi, chiamati a formar parte delle diverse Commissioni legislative. — E mi duole che nella relazione che precede il codice civile, e che pure è fattura di uno dei più illustri nostri giureconsulti e statisti, io non abbia potuto trovare alcun cenno delle ragioni della preferenza data alla tutela francese sulla tutela romana e lombarda; e di non avere trovato sul punto della ventilazione ereditaria che queste parole: « Fu appena elevato il dubbio, quale dei due sistemi dovesse

Ora qual fu la ragione di questo fenomeno? — In una delle nostre conferenze un onorevole collega appartenente alla minoranza di questa Commissione (1), e certo non tenero del Governo straniero, nè lodatore delle opere sue, spiegando il fenomeno, notava, come quella magistratura crescesse aliena da ogni straniero contatto, sottratta ad ogni influenza, e per ripetere la sua frase, crescesse come arbusto custodito in una serra. Io accetto l'osservazione; ma permettendomi un cambiamento nella frase aggiungerò, che l'Autorità giudiziaria crescerebbe così, purchè lasciata a sè sola, anche ai quattro venti in aperta campagna (2).

accogliersi, fra quello che fa passare di diritto il possesso dei beni negli eredi, come dispongono, ad imitazione del francese, i codici italiani, e quello della ventilazione ereditaria adottato dal codice austriaco, secondo il quale il possesso vien dato agli eredi per autorità del magistrato. Prevalse senza difficoltà il primo sistema, che risponde meglio alla continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi che lo rappresentano, e si mostra inoltre più conforme ai costumi della maggioranza dei cittadini. Ripugna che un figlio sia tenuto a chiedere al magistrato il possesso dei beni devolutigli per successione, quel possesso che nella maggior parte dei casi egli già ritiene di fatto. » — Mi permetto di aggiungere che queste obbiezioni dipendono a mio vedere da una men retta idea della natura e degli intenti della procedura di ventilazione; e che queste obbiezioni erano già state prevedute e discusse dalla stampa lombarda, la quale poteva attendersi un cenno di risposta.

(1) Nella Commissione, di sette voti, cinque si dichiararono per la terza Istanza, uno si pronunciò per la Cassazione; l'altro assente non è conosciuto.

(2) Ciascuno ricorda, come anche allora quando voleva certi giudizi a suo modo il Governo austriaco, sia che la

Io dunque mi professo contro il sistema della suprema Corte. Ma qui mi affretto a soggiungere, che così mi pronuncio nella sfera dei giudizi civili, e non per l'ordine penale. Qui l'oralità ed il giudizio per giurati sono così connessi a quel sistema, ch' esso non potrebbe togliersi, senza cancellare con esso quei due primi cardini della giustizia penale: onde io pure sono d'avviso, che in ogni caso, la suprema magistratura, quale ch' essa sia, dovrebbe fungere come Cassazione nei giudizi penali. — Ed è per questo che sino dal principio di questa relazione io posi la questione della suprema magistratura solo in rispetto alla istituzione giudiziaria civile.

E pronunciandomi contro il sistema della Corte, io mi dichiaro per quello delle tre istanze. — Colla quale proposizione io non intendo punto di entrare nella controversia, se la terza Istanza sia per sè il logico contrapposto della Cassazione, per modo, che l'accettare l'una implichi per sè il necessario rifiuto dell'altra, o non sia piuttosto, come avvisano alcuni, l'antitesi propria del sistema del duplice grado di giurisdizione. Ma lasciando al tutto questa questione, io mi limiterò ad osservare, che così contrappongo i due termini di Cassazione e di terza Istanza, perchè tale è l'alternativa espressa nel quesito che vi piacque proporre al mio studio.

rispettasse, sia che non se ne fidasse, non toccò mai l'Autorità giudiziaria, ma componeva apposite Commissioni, nelle quali pure trovava assai spesso riottosi i pochi elementi lombardi chiamati a farne parte.

III.

Sulla terza Istanza farò assai più breve parola, sembrandomi ch'essa già risulti giustificata dalle cose discorse. Io mi limiterò anzi ai seguenti semplici accenni: cioè a dire che essa è istituto esclusivamente giudiziario: che è istituto destinato unicamente a rendere giustizia tra le parti: e giudica tra queste parti in diritto ed in fatto — che tiene conto di ogni disposizione di legge, che riscontri all'affare, quando pure non sia stata espressamente invocata dalle parti; — che giudica senza rinvio. E mi occuperò piuttosto delle principali obbiezioni che si fanno al sistema.

Già parlando della Corte di cassazione, e propriamente dove venni accennando quale fu la causa determinante della separazione dei due giudizi, ebbi implicitamente a dire anche l'appunto

Digitized by Google

più grave che si fa alla terza Istanza. Io lo ricorderò con una allusione divenuta ormai un proverbio; ed è che i nostri uomini di Stato si sentono ancora correre i brividi giù per le ossa alla memoria dei parlamenti di Francia. — E in quella circostanza io rammentava pure, come quella paura, anzichè motivarsi da alcuna considerazione speciale sia alla terza Istanza sia ad altro sistema di magistratura, provenisse da quel general modo di vedere delle menti in Francia all'epoca della istituzione della Corte; da quel sospetto cioè che girava l'occhio bieco su tutte le istituzioni dello Stato; e vedeva nel Governo un male necessario a combattere, in tutti i poteri dello Stato dei nemici a sorvegliare, in tutte le istituzioni dei pericoli a scongiurare; — e perciò istituzioni e poteri e Governo ordinava per guisa, che la principale loro bontà fosse la loro impotenza. — Questa politica non poteva al certo risparmiare la magistratura. Un potere giudiziario fornito di tutti i naturali suoi amminicoli non lasciava dormire quei veggenti politici: perciò gli si applichi la evirazione col levargli, se mi permettete la frase, i genitali del fatto, e non gli si lasci, che quell'assai meno pericoloso membro che è il diritto. Così dissero quei politici, e così fu la separazione dei due giudizi. Io quindi non aggiungerò ragioni al già detto in quel primo discorso; e dico anzi che non sarei pure ritornato su quei ricordi francesi, se non era per contrapporvi un'altra più giovane e più simpatica dottrina francese. — Poichè ora anche in Francia una nuova filosofia

ha fatto ragione di quella scienza suicida, che macerava nel sospetto sè stessa ed ogni sua creazione, ed una nuova scuola professa: essere il Governo la ragione nazionale imperante, l' operatore, nell' ordine civile e politico, di quei veri morali che il progresso dei tempi viene suscitando nella coscienza dei popoli, l'attuazione della virtù nazionale che si incarna nelle pubbliche istituzioni; ed in queste ravvisa gli organi viventi del corpo dello Stato: ed alla teoria dell' equilibrio e della contraddizione contrappone quella della espansione, dell' armonia e del concorso dei poteri (1). — Io credo, che ora in Francia gli spi-

(1) Guizot è il più illustre rappresentante di queste dottrine, ch' egli professa specialmente nelle celebrate sue storie della civilizzazione in Europa ed in Francia. Disgrazia alla Francia, all' Europa, e alla civiltà tutta, che questo potente intelletto non fosse anche alla tribuna ed al Governo quale fu splendido sostenitore d'ogni nobile aspirazione sulla cattedra. — Continua invece come eco prolungata, e brillante eco, della vecchia dottrina, Thiers: quest'uomo che va sullo furie perchè Italia e Prussia minacciano di sturbargli i quadri della sua politica, e di ricomporgli fuori delle sue previsioni la carta d'Europa; ed è in collera colla politica napoleonica, perchè non è più quella di Enrico IV e di Richelieu; e si stempera in eloquenza per farci capire che per la civiltà e per l' Italia è una benedizione il potere temporale; e non vuole che lo Stato paghi l' istruzione popolare, perchè è un socialismo; e non vuole di libertà di commercio perchè è una rovina; e fa al Corpo legislativo francese orazioni che sono piene di ogni più peregrina cosa, meno che di convinzioni. Ma così colla sua sterminata dottrina e con un talento plastico che forse non ha esempi, questo seducente scrittore non potè evitare di essere chiamato l'uomo di tutti i paradossi sociali, economici e politici.

riti si siano rappattumati anche colla magistratura; e che forse si sorrida a sentire quelle morte ire ripetersi ancora come inconscia eco dai confini d'Italia.

Si muove nel giro delle medesime idee l'obbiezione che segue. — Parlando di quella combinazione dei rinvii, che io vi rappresentava come un' assai poco festevole ridda per le parti, accennava come Meyer chiamasse quel trovato il bello e il fino della istituzione, e vi salutasse il grande principio della controlleria dei poteri applicato anche alla suprema magistratura, applicato cioè in questo modo, che la Corte, che censura le minori magistrature, viene essa stessa censurata da queste. Alcuni dividono anche al dì d'oggi questa ammirazione di Meyer, e notano come questa reciproca controlleria delle magistrature tra di loro sia nello spirito e nel cuore di tutte le nostre istituzioni fondate sulla controlleria di tutti i poteri: ed ecco quindi una nuova obbiezione al sistema della terza Istanza, a questa magistratura sindacatrice di tutte le minori magistrature, e sciolta essa stessa dal sindacato di qualsia altra Autorità. Potrei rimettermi per questa obbiezione a quanto già dissi parlando del sistema della Corte: ma mi giova fare qualche parola per chiarire cogli oppositori un'idea. — Sarei io indiscreto, se domandassi qualche spiegazione su questo concetto o teoria della *controlleria dei poteri,* che gli oppositori mi mettono innanzi con molta franchezza, come se fosse già bella e intesa tra noi, o fosse la cosa la più evi-

dente per tutti, ed in cui io vedo nullameno che uno dei più grandi ed ardui quesiti, che si possono affacciare a filosofo ed a statista? Intanto io comincio ad escludere riciso il modo con cui la teoria fu intesa dalla rivoluzione di Francia, e di cui già feci parola in questa relazione. Per me vi confesso, che mi troverei molto imbarazzato, se dovessi improvvisarvi, come si dice, sui due piedi i miei pensamenti su questo argomento, e mi tolgo più volontieri il più facile assunto di promovere dei dubbi. Limitandomi anzi al primo che mi si presenta, vi dirò che io concepisco abbastanza bene un controllo esercitato tra poteri indipendenti e supremi, per esempio, tra il potere legislativo ed il potere esecutivo; ma non posso capacitarmi di questo sindacato tra magistrature del medesimo ordine, le quali stanno tra loro in rapporto di dipendenza e di superiorità; e non posso far stare insieme nel mio intelletto questi due che mi sembrano così contradditorii rapporti di gerarchia e di controlleria; nè so veder nulla di chiaro in questa posizione, nella quale le Corti d'appello controllano la Corte di cassazione, la quale poi finisce a levare essa stessa di propria autorità la resistenza e il controllo, imponendo silenzio alle Corti, togliendo loro persino la libertà della propria opinione; e rispondendo anzi se occorre, come fu già risposto qualche volta, che non sta pure del decoro della eccellentissima Corte di occuparsi a discutere con quelle dipendenti caparbie. Brevemente pare a me che gerarchia e controlleria tra le stesse persone, nel medesimo

oggetto siano termini che si contraddicono a vicenda. — O forse mi si direbbe — e anche questo fu detto — che questo sistema dei rinvii fa almeno l'effetto di obbligare anche la Corte a riflettere e studiare e maturare; e che ciò sarebbe pure una specie di controlleria, nella quale nulla sarebbe tolto ai rispetti della gerarchia? — E sarebbe con belle parole una nota di incapacità o di accidia applicata all' ermellino di questa Corte, mandata così a scuola o a strapazzo dalle minori magistrature, e tenuta in riga colla paura del loro staffile — di questa Corte, dico, che si vorrebbe d' altro lato partecipe del potere legislativo, e ci si dipinge come la dominatrice del sapere, cattedra di verità, arca della legge, colonna a cui si puntellano l' unità e la fortuna della patria? Anzichè il mirabile vi ha per me in queste combinazioni un tale strabalzo e tumulto di idee, che più non so mettere a posto nè la Corte nè alcuna idea. — Almeno della terza Istanza so che cosa è, e so dove collocarla; e so appunto questo, che, senza pretendere alla infallibilità, vuol essere in cima a tutte le magistrature, non sindacabile da alcuna minore magistratura. — E se la vedo in tanta altezza, non perciò me ne spavento, perchè suppongo pure, che in essa si raccolga quanto vi ha di più elevato per carattere e di più eletto per senno nella magistratura, e penso che l' essere così è la condizione di tutte le istituzioni supreme e tutti i sommi poteri; e perchè considero meco stesso, che, per quanto si voglia usare ed abusare, è

pur d'uopo finirla anche colla prudenza, e finirla colle paure e colle garanzie, ed avere il buon senso di fidarsi di qualche cosa, se pur vogliamo venire a capo di qualche cosa. — E le parti! queste parti che vengono a domandare giustizia, e si vedono così mandate dalle Corti alla Cassazione, e rimandate dalla Cassazione alle Corti e palleggiate dall'una all'altra magistratura a servizio di una teoria, in omaggio al principio della controlleria dei poteri! — Non vi pare che il mirabile manchi per fino di coscienza?

Nè, invero, sembra disposto a dividere questi timori un altro scrittore, a cui pare piuttosto che la terza Istanza, costretta a disperdersi nei dettagli del fatto, finirà ad accasciarsi e ad anneghittire in un triviale empirismo. — Al quale scrittore risponde un terzo, che vede la terza Istanza librare anche troppo il proprio volo, e sferrarsi dalle strette della legalità, per vagare nelle regioni del Sentimento e di una pretesa naturale equità. Anche qui dirò che non vedo ragione di queste paure; le quali, mentre si combattono tra loro, hanno insieme questo torto comune di volerci mettere innanzi dei giudizi *a priori* in un argomento in cui solo giudice può essere l'esperienza. Per me, credo possibile tanto l'empirismo temuto dal primo scrittore, quanto il sentimentalismo preveduto dall'altro; e dirò meglio: credo, anche nella terza Istanza, probabile caso quell'incontrarsi di diverse direzioni e ten-

denze — interpretazione logica, interpretazione letterale, interpretazione dottrinale — che seminò di qualche screzio perfino il diritto romano: — ma credo pure, poichè non trovo alcuna ragione in contrario, credo che anche una terza Istanza, per quanto sia fattibile tenere il mezzo tra impulsi che trovano la loro origine nelle diverse tempre degli umani intelletti, — possa equilibrare queste differenze per modo, che riescano anzi a quelle varietà che fanno più potente coi contrasti l'armonia.

Nessuno poi verrà a dire che un simile cozzo di opinioni e di impulsi non possa avvenire anche nel seno della Corte di cassazione, poichè già ne è esempio la Cassazione di Francia. Mittermaier, facendo la nota delle cause che rendono mutabile e screziata la giurisprudenza di quella Corte, accenna appunto il contrasto che vi si manifesta tra due scuole diverse, e così scrive: « L'interpretazione della legge è poi diversa, secondo che la maggioranza della Corte è per l'una o per l'altra delle due maniere dominanti di apprendere e concepire il diritto, cioè, secondo che domina l'opinione di interpretare un passo della legge per sè stesso, ed all'appoggio dei motivi da cui ebbe origine, oppure si preferisce il metodo storico, e vuolsi indagare il senso di una legge per mezzo della consuetudine e della precedente giurisprudenza. — Del resto, qualsia la colpa, ripeterò domandando ancora il documento dei fatti. Le tre Istanze, ben lungi dall'essere nè una ipotesi nè una incognita, ebbero già lunga stanza tra noi in Parma,

in Modena ed in Lombardia: e da una sincera e spassionata disamina io ho diritto di attendermi, o che mi si giustifichi la censura come portato logico delle idee e necessaria conseguenza della natura delle cose, cioè della istituzione, ovvero mi si fornisca la prova dell'esperienza; ed anzicchè ripetermi ciò che la terza Istanza farà e il male che farà, mi si dica il male che già fece, e ciò che già fu. — Senza di che, come la si accusa in anticipazione di tutti i peccati, così io l'assolverò in prevenzione di ogni peccato; e mi ostinerò a credere, che la giurisprudenza del tribunale civile di prima istanza in Milano, quella dell'Appello lombardo, quella del Senato lombardo-veneto, per serietà e sodezza, se non per pompa, possano ancora competerla con ogni altra.

Un altro appunto, un altro pericolo temuto nel sistema delle tre istanze, e contro il quale io sento quasi un dovere di levarmi con una protesta come contro un'ingiusta accusa, si è questo: che in quel sistema verrà meno e sarà manco rigorosamente osservato il rispetto alla forma. — Nessuno più di me va compreso della gravezza di questo pericolo, se fosse nel vero: e qui, a testimonianza di me e dei miei sentimenti, permettetemi che io vi dica, che questo argomento delle *formalità di legge* fu già tema di un mio lavoro di anni più freschi, lavoro nel quale mi proponeva dimostrare, come l'Autorità giudiziaria sia naturale palladio di libertà in ogni forma di governo; ed a dimostrare, come l'Auto-

rità giudiziaria ritragga appunto la sua potenza specialmente dalle forme legali, che le fanno vincolo intorno, e sono insieme la sua salvaguardia, suo scudo e sua difesa (1). Ma vi confesso, che mi giunge nuova l'enunciazione, che a queste forme di legge minacci speciale pericolo la terza Istanza, poichè è proposito a cui fa troppo risoluta risposta la non antica storia dell'Autorità giudiziaria lombarda. Chi fu, come io, in questa magistratura (2), ricorda quanto fosse inesorabile e pronto lo scoccare delle sentenze di nullità, per ogni manco di forma, non solo per parte del Senato lombardo-veneto, ma di quel così sottile nostro Appello lombardo (3); ricorda quei decreti per migliore istruzione della causa, detti da noi decreti di *rettifica*, che piovevano da questo Appello, così permaloso ricercatore delle forme, e di ogni cosa che facesse difetto nella causa; e ricorda come, anche quando non fosse mancanza che di qualche minor forma, quel terribile magistrato, che non aveva cerimonie per nessuno, fulminasse, per lo meno in separata appendice, ai giudici dipendenti quelle sue censure, colpi di scudiscio, che lasciavano memori le spalle dei poveri giudici, bene consci di quanto questo indeprecabile Appello

(1) *Gazzetta dei Tribunali* di Milano, anno 1850, numeri 13, 14, 15 e 16.

(2) Ci fui sino al 1848, epoca in cui cessai di appartenervi per cause politiche.

(3) Mi limito a dire dell'Appello lombardo, per poter parlare per mia propria esperienza e con più cognizione di causa.

potesse sulle loro sorti e sulla loro carriera (1). E specialmente chi fu, come io, nella magistratura in campagna, rammenta quante e quante volte i poveri pretori ponessero e riponessero nel loro scrittoio, e pigliassero e ripigliassero, prima di metterle fuori, le già compilate loro sentenze, pavidi sempre di quel sindacato che li attendeva in Appello. Io non solo non divido la paura che le tre istanze possano essere pericolose alle forme, ma prendo anzi questa obbiezione come esempio, per dimostrare, quanto si possa tener conto di queste previsioni, che vogliono trarre l'augurio prima di avere veduto il volo di un uccello, e si fanno a pronosticare malattie, dove ancora non è un sintomo; e vogliono portare il criterio dell'imaginazione, dove l'esperienza rivendica a sè ed ai propri criteri il giudizio. L'esperienza si incarica di dire ai profeti che hanno torto.

A tutte poi le già dette, come ad ogni altra possibile paura, io farò una osservazione che varrà per ciascuna e per tutte. A sentire codesti giudizi saremmo quasi tentati di credere, che davvero Giove sublimi l'intelletto all'uomo che fa sedere nel grembo di una Corte, e dimezzi il cervello a quegli altri infelici che fa discendere in una terza Istanza. La terza Istanza vi trarrà all'empirismo: la terza Istanza vi farà perdere il senso della

(1) Questo Appello aveva poi preso anche quest'altro costume, che, se appena trasparisse una trascuratezza nel giudice, nel rimandare a questo la causa, metteva a tutto di lui carico le spese di posta.

legalità; la terza Istanza vi farà ribelle alle forme: guai allo Stato colpito dalla crittogama della terza Istanza! Pure si tratta di una questione assai semplice, e che si potrebbe definire con una prova ancora più semplice: ed è questa che vengo a proporre. Prendere cioè gli onorevoli, che siedono attualmente alla Cassazione; lasciare a tutti la medesima testa, e dir loro questo solo: che quinci innanzi, quando vorranno giudicare, si provino a giudicare, non solo nel diritto ma anche nel fatto; e se trovano meritevoli di riforma i giudicati dei tribunali, non rinviino, ma giudichino; e se loro sembri che fu fatta ingiustizia, e in alcuna guisa recato oltraggio alla legge, facciano essi per sè, *ex officio*, come si suol dire, la giustizia, e riparino essi di propria autorità qualsia l'offesa fatta alla legge. — Vedremo quindi fatta la prova, se davvero quegli umanissimi ne avranno perduto il cervello.

L'esperimento poi farà ragione anche di quest'altra sentenza, che io vorrei proferire in secreto, onde non giunga all'orecchio di quegli onorati uomini che solo poco fa sedevano in questa città in terza Istanza: la quale si è, che la terza Istanza non potrà portarsi pari a quell'alto mandato, a quelle grandi questioni di diritto costituzionale o pubblico che i nuovi ordini politici devolvono ora alla competenza della magistratura. — La parola striscia così presso all'accusa; e l'accusa erra così indefinita ed imprensibile nel vano, come sfuggita a un dispetto, che io mi di-

spenserò volontieri dall'affanno di correrle dietro, e perseguitare le ombre (1).

Ma la terza Istanza ha un altro peccato, anzi un cumulo di peccati. — La giurisprudenza della terza Istanza *intenebrata dal fatto* sarà, come dicono alcuni, un empirismo, o come dicono altri con più accentuata parola, una *casistica*; io appunto pel suono più acuto mi appiglio a quest'ultima. Veramente io potrei mettere in fascio anche

(1) L'obbiezione piglia nel senso di alcuni un più preciso indirizzo; e non si intende parlar tanto di una mancanza di sapere, quanto di una mancanza di volere. Si imagina cioè che una terza Istanza, giudice del punto di fatto e del punto di diritto, gravata quindi di tutta la responsabilità e di tutto il pericolo della causa, debba sentirsi venir meno il coraggio in certe contingenze, a modo di esempio, se risentimenti di popolo, o ire di partiti potenti, facciano pressione sull'animo dei giudici. — La censura, ciascun lo vede, non colpisce veramente il sistema, ma la persona morale della magistratura, e non ne andrebbero esenti nemmeno gli onorevoli della Cassazione: e a dirla netta si traduce così: che siccome possono essere momenti nei quali la magistratura debba avere bisogno di coraggio, e siccome la magistratura non avrà questa virtù, così a sovvenimento dei deboli, si trova prudenza il dimezzare bisogna e paura, dividendo in due parti e su due diversi tribunali il giudizio; sicchè l'uno abbia solo il còmpito ed il rischio del fatto, ed un altro abbia quello di pronunciare sul diritto. Così gli sdegni che minacciano la magistratura non sapranno con chi pigliarsela; e così, anche con una sola metà di coraggio, potrà la magistratura fare men male le sue cosuccie.

Chi è, o fu nella magistratura, deve sentirsi in sulle prime un movimento d'istinto innanzi a questo diploma di viltà conferito in massa a tutta la magistra-

questa colpa non meglio dimostrata di alcun' altra, coprendo anche questa dell' assoluzione generale che ho già accordato per tutte: e ciò tanto più, che qui non solo non si tenta pure una prova, ma non si dice nemmeno ben chiara l'accusa; e la parola scivola via, come paurosa di scoprire di troppo i fianchi al proprio pensiero. L'obbiezione in fatti sta tutta in queste frasi:

tura. Ma poi succede una tentazione contraria, pensando che il complimento ci viene da quella banda, dove pocanzi, sempre in commemorazione del parlamento di Parigi, si gridava al pericolo della libertà e della patria; e si intonava il *caveant consules* contro le minaccie di una magistratura così potente e facinorosa, quale sarebbe un supremo tribunale con giurisdizione sul diritto e giurisdizione sul fatto — sicchè da ultimo non rimane che il fastidio di avere ancora a fare con una scienza stereotipata, che non fa che ricantarvi del continuo, con diversi toni, le medesime nenie. Noi siamo sempre a lottare contro questo malnato sentimento: il sospetto, il quale, impetuoso al pari che cieco, ad un'ora ci trova Catilina, ad un' altra discopre Tersite. In questo momento, cioè in questa obbiezione, noi siamo Tersite e siamo uomini, che daremo bravamente le spalle al primo stormire della piazza — e dico ad un rumore di piazza, perchè, finchè avremo un' armata, e avremo un corpo di carabinieri, sto a vedere chi sarà l' uomo che torcerà pelo ad un giudice. — Come poi siamo ai medesimi sentimenti, così ci troviamo sempre ai medesimi espedienti: disorganizzare per organizzare; disordinare e scompaginare le istituzioni ed abbassare gli uomini — e siamo a quella sapienza così argutamente proverbiata dal nostro poeta vernacolo con un verso famoso, che io non posso tradurre in lingua, ma che ricorre tosto alla mente e muove il sorriso d' ogni lettore milanese:

ghe vœur i orghen per organizà! (Carlo Porta)

giurisprudenza *ottenebrata* dal *fatto*, giurisprudenza *casista*; nè io saprei dirvi alcun che più di queste parole. Ma io qui discopro, messe fuori come epifonemi, teorie strane e tutte nuove, che io non posso permettere che se la scappino tra le ombre di un ambiguo breviloquio; e qui vi ha appiattato in quelle poche parole, e come in agguato, tale un viluppo di equivoci insidiosi e leggeri, e tale ardito giuocare coi criteri e direi quasi di cambiarci in mano le carte; e vi ha per giunta tale nuova sfida proterva di quel grande paradosso della separazione dei giudizi, che io ho voluto mettere in disparte l'obbiezione, onde trovarmi più a mio agio con essa. — E vi prevengo, che qui voglio compiacere a me stesso, e che mi accingo ad abusare senza discrezione della vostra pazienza.

Ci si presenta la giurisprudenza della terza Istanza come una giurisprudenza ottenebrata dai fatti. — I fatti adunque, nel senso della obbiezione, sarebbero le tenebre della giurisprudenza: e siccome i fatti, che si traducono in giudizio, non sono per sè nè luce nè tenebre, ma sono atti e fatti civili, così io avviso che si intenda di dire, che i fatti sono siepe che fa tenebre intorno l'intelletto a mirar chiaro dentro la Scienza. L'obbiezione, voi lo sentite tosto, viene in linea retta, quando non si debba dire che è l'immediato ascendente della dottrina separatista, che vi ricordava or ora; colla sola differenza, che qui si rincarisce su tutte le dosi. Finora ci fu detto, che i due giudizi possono procedere

disgiunti, e la separazione non domandava che di poter essere, e non pensava a giustificarsi che per una vista politica; ora invece veniamo a sapere, che anzi i due giudizi stanno agli antipodi, e la separazione ci si para innanzi come una necessità della scienza: veniamo a sapere, cioè, che il giudizio del fatto intorbida le acque, e semina le tenebre sulle vie del diritto; — e ci si scopre di un tratto, che non fu che un lungo brancicare nelle tenebre tutta l'antica giurisprudenza che fu prima dell' illuminismo dell' anno 1790 — e veniamo a sapere, e mi duole assai il saperlo, che ancora versano in tenebre profonde ed hanno un ministero di tenebre tutti i minori giudici, tribunali e Corti d' appello, incaricati dei nostri affari e condannati a vivere con noi nella torbida atmosfera del fatto — e veniamo ad apprendere questo nuovo ideale, che di tanto più si affinerà e si leverà verso le regioni dello spirito anche l'universo diritto, e con esso la magistratura e la giurisprudenza, quando anch'esso avrà potuto dimenticare al tutto il vecchio uomo, come raccomanda l'Apostolo, e anch'esso avrà potuto svestirsi al tutto della corrompitrice carne del fatto.

Ditemi pure che io faccio una caricatura: è mio diritto, ed essa pure è leale arme in polemica: ma poi dovrete ammettermi, che ben ci sta; e che non vi ha alcuna delle mie parole, che non stia a tutto comodo sotto il cappello di questa proposizione: che i *fatti intenebrano la giurisprudenza.* — Or bene se io ho potuto, come ho ardimento a sperarlo, non dirò dimostrarvi,

ma richiamare alla vostra mente, questi postulati universali della scienza: che ogni giudizio implica un'affermazione, l'affermazione cioè di un essere, di un soggetto, di un fatto: che ogni legge, che Dio stesso, la somma legge ed idea prima, viene al nostro spirito a mezzo di una deduzione di fatto o di fatti, deduzione che implica esperienza e cognizione e giudizio di fatto; e che senza esperienza e materia di fatto non vi ha nè giurisprudenza, nè scienza, nè intellettuale attuazione, nè esercizio di pensiero, nè idea, nè possibile cognizione di legge, noi saremo condotti a rispondere all'obbiezione, che i fatti, anzichè essere le tenebre, sono il foco d'onde irradia per l'universo mondo la intellettual luce delle idee e delle leggi, e sono la lucerna che rende visibile all'occhio lo spirituale essere della legge. — E certamente i fatti nascondono, e talora ben pertinaci, nel proprio grembo la legge, la quale, al pari del regno de' cieli, non sarà mai per gli accidiosi e pei sonnolenti, nè mai si lascerà rapire che per violenza: ed in questo senso io stesso vi rappresentava i fatti come l'involucro delle idee. Ma, se così piace di vedere, come è pur giusta maniera di vedere, io ammetterò anche la metafora delle tenebre, ma ritorcendola contro l'obbiezione, soggiungerò che i fatti sono le tenebre nel cui centro, come Dio nelle sue mistiche ombre, sta il punto luminoso della legge; e non ne verrà che tanto più evidente, col variare delle figure e degli aspetti, che bisogna battere e frangere ben bene la crosta del fatto per cavarne questo dia-

mante della legge — e chiuderò indirizzando alla obbiezione questo avviso del divino poema: che, per l'errore in cui si ficca, essa medesima

Da vera luce tenebra dispicca.

Farò poi in secondo luogo quest'altra osservazione, che, se tanto aspra è la questione del fatto, come esprime la figura dell'obbiezione, con qual ragione si potrà giustificarmi questo abbandono del grave lavoro, lasciato al solo senno dei meno esperti e valenti operai, cioè dei minori giudici? e perchè anzi non si chiama cooperatore anche a questa così grave parte della funzione giudiziaria, quel cotanto e potente intelletto che si aduna nei seggi della più sublime magistratura? e perchè ridurre quest'alta magistratura al solo còmpito di fare esperimento di sè, e quasi a prendere sollazzo, nei geniali ed ameni esercizi della scienza astratta, e ad accendere la sua lampada là solo, dove si ritiene e si dice, che già risplenda di natural luce il diritto? — Lasciamo adunque da banda le tenebre, e al loro posto mettiamo la luce; e alla terza Istanza invece del peccato mettiamo in conto una virtù.

Ma dopo le tenebre viene la casistica: la terza Istanza farà una giurisprudenza casistica. — Rispondo corto, che è una sorpresa giuocata a mezzo di un abuso di termini; e contro la quale basta a difesa la sola virtù di non lasciarsi sorprendere, e rimettere a loro posto i termini. — Ed ecco in due parole la mia dottrina: riprovo quant'altri

mai una legislazione casista: non so comprendere altra giurisprudenza, che una giurisprudenza casista.

Casistica è termine tutto tecnico e nostro, col quale noi legali ci facciamo a significare il vizio di una legislazione, che, procedendo senza insieme di principii, si riducesse ad una empirica enumerazione di casi. Casistica quindi è parola che accenna empirismo, assenza di metodo scientifico; ed è termine particolare ad esprimere un difetto in un' opera di codificazione, e che è certo assai grave difetto, specialmente se portato nella compilazione di un codice civile. — Il codice civile ha per intento di regolare e comprendere nelle proprie sanzioni l'universalità della vita civile: nè l' universale si lascia far stare in una enumerazione di casi. Le idee generali, come io già notava in questa stessa relazione, non si possono dialetticamente comprendere che in quelle forme universali, che sono i principii; ed un codice altrimenti compilato, per quanto ammucchi casi sovra casi, non giungerà mai ad esaurire tutte le possibili ipotesi della vita; e il frangere ed il moltiplicare dei casi, anzichè ricchezza, crescerà confusione e imbarazzo. E così è la ragione per cui la scienza vuole i codici compilati a principii, e ripudia, — e tale è il significato di questa parola — la casistica. Ma la parola non ha più, non dirò ragione, ma nemmen senso, ed è pretto abuso, se dal legislatore la trasportate al magistrato; e peggio ancora, se la torcete perfino a volgere a censura ed in colpa di questo ciò che costituisce l'essenza

della sua funzione e del suo dovere; al magistrato, dico, che per necessità del proprio ufficio è l'uomo delle specialità, degli individui, e non ha missione, che per quei singoli casi che mano mano vanno a presentarsi al suo officio di giudice; e il cui ministero comincia e si compie tutto nella cerchia di quei casi. « Ciò che il legislatore è alla nazione, il giudice lo è agli individui componenti la nazione: il carattere distintivo della legge è la generalità, quello della sentenza è l'individualità. » È Meyer che ve lo dice. — Il magistrato io lo concepisco tanto essenzialmente casista, che non saprei pure formarmi il concetto di un magistrato che non lo sia (1). E ben vi ammetterò che il magistrato,

(1) Vi ha un senso, in cui, non l' accusa mossa alla terza Istanza, ma il caso di una giurisprudenza casista può essere perfettamente e fatalmente vero: e già si verifica in ampie proporzioni, come io stesso ho già notato in questa medesima relazione, e come notò prima di me l'avv. Giuriati nel suo più volte ricordato lavoro. Parlo di quella giurisprudenza, o pratica, invalsa già da tempo in Piemonte, come testifica il lodato avvocato; e che ha già preso franca usanza anche in Lombardia, dopo la istituzione della Corte, presso i tribunali, i quali, allo scopo di sottrarsi al sindacato della Corte, si studiano a tutto potere nelle loro sentenze di evitare ogni allusione ed ogni ragionamento di legge, ingegnandosi a motivare le loro sentenze unicamente con considerazioni di fatto. — Un valente giovane che si occupa di studi pratici, e si è dato specialmente a rovistare nelle sentenze penali, per far raccolta di massime, mi diceva di essere disperato di non potersi ormai più incontrare in una sentenza che contenga un principio. — Or bene, di questa che io non posso nemmeno chiamare giurisprudenza casista, perchè è la negazione categorica della giurisprudenza, ha forse colpa il sistema delle tre Istanze?

chiamato ad esercitare il suo ministero, andrà ai principii, andrà cioè ai tipi generali del codice a prendere la regola del suo caso; e, sotto questo rapporto, anche il giudice fa, se così vi piace dire, delle generalità: ma anche nella ricerca di questi principii egli andrà studiando quali convengano a quel caso; e saranno le specialità di questo, e la ragione propria di questo, quelle che indirizzeranno la sua ricerca, e gli indicheranno l'articolo del codice; — e il caso, quell'individuo caso, ed esso solo sarà in ogni istante il padrone della posizione, e l'unico obbiettivo della mente del giudice. O io non so penetrare nell'intelletto degli oppositori, o io debbo dir loro, che con molto sussiego ci mandano contro una obbiezione che non è che un equivoco.

O forse che si intenda di dire, che il giudice, in quel continuo suo conversare coi fatti, smarrirà il senso, e si abituerà a far senza del lume dei principii; e sotto nome di giurisprudenza casistica si vuol forse significare il pronunciare senza norma, senza criteri legali, senza guida di scienza; e si intende la frase come sinonima di quest'altra, di fare a casaccio? — Io credo di non ingannarmi del tutto, mettendo fuori questo supposto; e credo di aver colto gli oppositori ben presso alla cruna del loro pensiero. Per fermo io non verrò a dire, che essi siano a sostenermi per sino, che, in quel continuo stare coi casi pratici e coi fatti, i giudici debbano finire a perder sinderesi ed a smarrire affatto l'intelletto del loro mestiere: poichè ciò sarebbe troppo. Sarebbe come

dire che l'esercizio della scienza attuta il sentimento della scienza, e stabilire questo strano paradosso psicologico: che gli atti paralizzano le facoltà; che la abitudine toglie l'attitudine — e sarebbe come venir dire ai nostri medici e ai nostri ingegneri, che smettano una volta quei loro studi storditi delle malattie e dei luoghi, che non sono che studi di fatti, se vogliono veramente levarsi agli apici della loro scienza. E ciò, vi ripeto, sarebbe troppo. — Piuttosto, e qui mi credo indovino, e credo di toccare la segreta loro cura, piuttosto li punge sospetto per la giurisprudenza elevata, pel culto della dottrina, direi per l'atticismo e per la venustà della scienza; — e temono di ciò che possa addivenire dell'arte, della bella, della fina, della classica arte, caduta per intiero nelle mani di questi giudici delle cause e dei privati litigi, giudici impastoiati sempre fra i negozi e le cure del fatto. — Poeti — io darei loro posto tra i petrarchisti — poeti dell'arte giuridica, essi, se mi permettete la poetica imagine, le hanno scelto dimora sulle pendici del Parnaso e nei boschetti dell'Arcadia, ove i felici di lei cultori, lungi dai rumori profani, vivranno del continuo in compagnia delle muse, in un beato vaneggiamento di scienza; nè mai apriranno bocca che per lasciar scorrere « più che mel dolci di sapienza i rivi » — e perciò temono, che la grossolana bordaglia dei fatti rechi i suoi tumulti ed i suoi modi plebei anche sulle beate pendici. — E, se mi tollerate quest'altra figura, vagheggiano una

giurisprudenza d' alto rango, dal portamento signorile, dai modi squisiti, dalla parola forbita, che insedierebbero in un'alta Camera, separata dalla camera bassa dei minori giudici, e dove si accoglierebbe l' aristocrazia della magistratura e della scienza legale. Di giusta ragione poi intorno a questa magistratura, e suo corteggio esclusivo, si accoglierebbe un'eletta dei più chiari, celeberrimi avvocati, ai quali, a modo d'esempio, si potrebbe conferire il titolo di avvocati principi (1), e che, per fiore di dottrina e più fioriti salari, costituirebbero alla loro volta l'aristocrazia dell'avvocatura. — Io lascio a chi se ne compiace la innocente utopia: ma almeno questi schifiltosi lascino ad altri, e lascino a noi, uomini alla buona, uomini della prosa e del fatto, l' occuparci delle cose di questa società, la quale non è essa stessa che il più grande, il più complicato dei fatti; — di questa società, cui trae a tutte le ore la continua corrente dei fatti, e che vuole e paga i suoi giudici, non per inneggiare alla scienza, ma onde si occupino sul serio de' suoi negozi, e disbrighino con coscienziosa premura le sue faccende; di questa società, che vi rinuncia ben volontieri le leccornie della scienza, pel pane sostanziale della giustizia; e lascia a chi li vuole gli apici del senso legale, per avere quello che più piace e più si desidera nel governo delle cose umane, il buon senso; e che mille volte, più che le finezze dell'arte, apprezza quella dirittura di mente, quel-

(1) Mi si dice che così appunto si intitolino in qualche paese gli avvocati che si crede che ne sappian di più.

l'onestà d'intelletto e quella scienza sobria e severa, che si educa, ad una colla rettitudine del carattere, fra i pazienti e coscienziosi esercizi della vita positiva. — E quanto ad ideale scientifico, se noi uomini del negozio e dell'affare non potremo levarci a quello, che i poeti ci segnano col loro sguardo di aquila, noi ci accontenteremo di aspirare a quello, a cui giunsero i padri nostri, quei grandi maestri del fatto, come li chiama il nostro Borsari (1), i quali pur stettero contenti all'umile

(1) Quei grandi *maestri del fatto:* così, con una di quelle frasi, nelle quali sa condensare un' idea in una parola, si esprime, parlando dei giureconsulti romani, l' illustre magistrato e scrittore, al quale augurerei, se non più alto, ancor più largo e luminoso seggio ad indirizzare nella pubblica istruzione la nostra giovane generazione, a quell'alta e virile giurisprudenza di cui è maestro. — E invero io tengo che andrebbe grandemente errato chi credesse, che la meraviglia del diritto romano, e ben intendo del diritto dei tempi classici, consista nelle sue basi filosofiche, e nel fondo di quei concetti sociali, ai quali i filosofi sogliono specialmente misurare la bontà di un codice. Osserva anche Troplong (Influence) che in questo rapporto il diritto romano non potrebbe sostenere il paragone dei moderni codici; ed io andrei quasi a dire, di alcuni dei nostri statuti del medio evo. La meraviglia sta nell'arte, sta in quella che gli stessi giureconsulti chiamarono *ars boni et æqui*; sta cioè nell' impasto del diritto col fatto; sta nella creazione e nel maneggio di quei criteri, passati poi in universali assiomi, e che anche ora, dopo tanti secoli, sono il fondamento di tutta l' arte giuridica, — e che io richiamando una teoria, alla quale mi sono provato altra volta, chiamerò *criteri tecnici*, criteri puramente logici, — nei quali stanno mirabilmente fusi ed in perfetta armonia, ad onta della tanto loro diversa natura, lo spirituale elemento

fatica di intrecciare il diritto col fatto; ed ai quali la modesta fatica valse il governo del mondo e il titolo di divini.

Dissi che è un'utopia: e qui voglio aggiungere che non vi trovo pure nè una brillante, nè una simpatica utopia; — e vedo invece nulla più che l'avanzo di una vieta, di una gretta tendenza, che, contratta anche dalla giurisprudenza e dal ceto legale, quand'essa era abitudine comune a tutte le discipline del pensiero, non troverebbe ora più nemmeno la giustificazione degli esempi nè la scusa dei tempi.

del mondo morale, e la necessità della materiale natura delle cose; e sta in quello sguardo, col quale quei giureconsulti sanno vedere entro le più intime pieghe di ciascun fatto, e cogliere le più squisite analogie, e rilevare le più sottili differenze; e sanno strappare al fatto la sua natura e la sua ultima frase, ed avverare così quella, che il nostro Vico chiamava la giustizia speciale di ogni singola causa. — Noi ci figuriamo tosto in un colpo d'occhio la natura del lavoro dei giureconsulti con un esempio, rammentandoci la composizione delle azioni, le quali si possono chiamare la tessitura e lo schema di tutto il diritto romano.

E veramente questo lavoro sui fatti, e non altro, è l'elemento che distingue l'opera ed il ministero del legislatore, e più ancora del magistrato e del giureconsulto, dal lavoro del moralista, o professore di diritto. Questo è il còmpito, che la scienza e l'economia dello Stato assegnano alla magistratura ed a tutto il ceto legale: — e portata fuori di questo, nè la Corte di cassazione nè altra istituzione che le somigli, hanno ragione di sedere fra la magistratura; ed è poi più ancora che una inconvenienza, una contraddizione, ed un pervertimento di ogni idea il porre quella istituzione a direttrice e maestra di questa.

Fu epoca, che tutti ricordano, in cui le scienze e le professioni, non solo non comunicavano, ma gelose tra loro, disdegnose dei volghi, straniere agli interessi della società, in mezzo a cui vivevano, affettavano di essere a sè; e stavano ciascuna, a così dire, sul tirato, e si stringevano in corporazioni e collegi, nei quali ciascuna rinserrava a custodia la sua parte di scibile, e trincerava i privilegi e la propria importanza. — Come poi quelle dottissime teste collegiate acconciassero tra di loro le faccende della scienza e quell'affare di famiglia, ce lo rammenta quel tutto di grotteschi problemi, di fantastici metodi, di bizzarri aforismi, e paradossi, e curiosità, e portenti, che fanno simile al racconto di una allucinazione la storia scientifica del medio evo. Ora quest'abito, scosso da tutte le altre discipline, questa tendenza ad appartarci, ad isolarci (ben s'intende nella giurisprudenza) ed a costituirci quasi una scienza di corpo, ed a fare chiesuola; e con questa tendenza, e conseguenza di essa, una cotal piega del pensiero, con un certo controgenio alle vie piane e naturali del senso comune, con certa maniera di vedere e di intendere, con certa coscienza e modi e gerghi e criteri tutti nostri, che fanno pauroso nell'opinione volgare il nostro ingegno, ed il nostro sapere, continua ancora, per quanto i tempi permettono, presso di noi legali; ed è un abito, un'affettazione, che non può crescere nè simpatie al ceto, nè splendore alla scienza. — E volete testimonianza di questa tendenza a cui io accenno? volete anzi vederla messa fuori come una mas-

sima, raccomandata come un sistema? io vi addito queste stesse dottrine, colle quali si sostiene da molti la istituzione della Corte.

E che cosa infatti vogliono dire quest'alta giurisprudenza, questa fina dottrina, queste grandi tradizioni, delle quali dovrebbe stringere il governo, e farsi conservatrice la Corte? — Io comincio a dire, che non comprendo pure il valore delle espressioni. Alto e basso sono termini di relazione e confronto, che per sè non esprimono nessuna positiva qualità delle cose: applicati poi alla scienza, mi riescono un non senso; poichè ben comprendo, come possa essere un grado, e quindi un alto ed un basso nella cognizione di chi la professa; ma la scienza, come la virtù, è quello che è, ed è un assoluto: — onde non esito a soggiungere, che, se vi ha un significato a spremere in codesta dottrina ed in codesta giurisprudenza sublime, io non vedo che possa essere altro che questo: che è una scienza paurosa o pretenziosa, che non vuol stare al comune costume, e non vuol mettersi ai modi delle altre discipline e vuole un qualche cosa di speciale ed a sè, vuole cioè un alto Corpo in cui trincerarsi ed infiggersi; e vuole, non saprei ben dire, se una garanzia o un onore, ma vuole ad ogni modo un *jus singulare*, un privilegio. — Ma perchè, domando io, perchè trincerarsi e difendersi: e contro di chi? Fuori della Corte io non vedo chi altro possa pigliarsi affare colla giurisprudenza, se non quel resto dell'umanità che si consacra pure al culto di queste medesime dottrine? e fuori dai chiostri della

Corte io non vedo checchè altro possa toccare di peggio a questa scienza, se non l'aria ossigenata della libertà, se non la spontaneità, l'elasticità, il naturale fervore della vita. E sarebbero questi i nemici, contro i quali si vorrebbe porre sul petto della giurisprudenza la corazza di una Corte suprema? — E sia come volete, ma che cosa, domando io di nuovo, che cosa può fare ed a che cosa può riescire questa Corte conservatrice, conservatrice, dico, di ciò che si crede non possa conservarsi da sè, se non a tenere in piedi ciò che non avrebbe ragione di stare e di essere; e mantenere tradizioni e dottrine cui più non sostiene l'intelletto dei tempi, cui più non consente sedere tra i ranghi del vero il progresso maturato nella scienza; e galvanizzare così una giurisprudenza già fatta cadavere? — e, a modo d'esempio, farsi paladina delle durezze e del rigore del gius contro i conati del diritto, che tende a conquistare le predestinate sue sedi nel regno dell'onesto, ed a crescere più umano nei geniali contatti coll'equità naturale; e perpetuare il dominio di una coscienza d'artificio sulle espansioni della coscienza spontanea, il prepotere delle massime di convenzione e delle pastoie del mestiere, sulla natura e sulla verità delle cose? in una parola, a farsi pietra d'inciampo, cittadella di inciviltà, antesignana di oscurantismo e regresso? — E potrebbe forse essere altrimenti, e potrebbe essere diversa una scienza, che ha bisogno della guardia di un sinedrio, o di una Corte per mantenersi nel seggio? — E che! avrebbe forse bisogno, più che

di sè e di sè sola, la luce del Verbo per mantenere il suo lume nell' umana famiglia? e si udì mai che il Sole, che l'Idea, che la Vita abbiano dovuto ricovrare un'altra volta nella mistica arca di Noè, per potere navigare incolumi nel pelago dell' umanità? — O fu mai che l' umanità abbia lasciato sfuggirsi un solo vero, di che avesse fatto una volta la conquista? O forse sarà mortale, che presuma aggiungere garantigia alla Parola, che ci promise il crescere ed il moltiplicare; o che pretenda di potere addottrinare la natura? — A che dunque, ripeto, potrà riescire, postasi in luogo e fattasi emulatrice di queste virtù, — e vi si raccogliesse pure ogni mortale sapienza, — la verità e la virtù della Corte?

Ma ora mai già mi sono dilungato oltre ogni confine, e torno in argomento proponendo a noi legali un esempio. L'esempio, cioè, delle altre arti e dell' altra scienza contemporanea. — Le quali, come già dissi, divisero altra volta le nostre permalosità e le nostre paure: ma ora, dismesse quelle abitudini, e cessato l' appartarsi e il respingere, tutte sono al fare copia di sè, al donarsi, all' espandersi: — e voi le vedete pigliare spasso di vivere in piena aria col popolo; ed andare con lui in confidenza e a braccetto; ed entrare con lui nelle sue officine, e occuparsi con lui delle sue industrie e de' suoi mestieri; e mettersi a servizio de' suoi bisogni; e studiare il linguaggio per farsi comprendere; ed ingegnarsi, con libri elementari, in iscuole popolari, scuole di fisica, di meccanica, di chimica applicate alle arti, di frangergli la già

altre volte tanto aspra e dura parola della scienza. — E il nostro popolo apprende e si migliora, e benedice la sua affabile, la sua buona maestra — la quale essa pure cresce ed impara con lui — e così, sotto il calore di quei simpatici attriti, tutto si feconda e tutto moltiplica (1).

Ma dopo di essermi occupato di tante previsioni altrui, sento oramai il diritto di mettere fuori anch'io una mia previsione; — tanto più che essa non mi farà pur uscire fuor d'argomento, e non sarà anzi che una nuova occasione di pigliarmela ancora una volta con quella separazione del diritto e del fatto, che è il fondo dell'obbiezione; ed è per me il tristo sogno da combattere e da scuotere dalle menti, anche a costo di asprezze e di insistenze indiscrete.

Ci si dipinge ad ogni istante la suprema Corte con tale pennello di abbaglianti colori, e si mettono questi mortali in mezzo a tale nuvolo di eccitanti figure, da dovere quasi già far loro gran merito, se, in questa inebbriante atmosfera, reggono ancora a mantenere memoria della loro umanità. — La Corte sdegna i bassi fondi del fatto, e si leva nelle più eteree regioni del diritto: la scienza la nutre del fiore del suo latte: la Corte riceve

(1) Commetterei ingiustizia, se dimenticassi di far memoria del *Compendio popolare del nuovo codice civile*, dell' egregio collega ed amico mio avv. Enrico Rosmini, diretto appunto a questo scopo di popolarizzare le idee più elementari del codice. — Anche l'avv. Antonio Mosca aprì nell' inverno 1861 pubbliche lezioni di diritto costituzionale, che furono onorate da numeroso concorso.

i segreti del legislatore; la legge le sussurra all'orecchio i suoi arcani, e le più fidate sue parole. Ora io temo assai, ed ecco la mia previsione, che la Corte non si levi anche troppo verso a quelle altezze, e non pigli talora anche troppo sul serio quelle figure; — e temo da un lato che la Corte, col credersi depositaria della scienza esoterica, non venga a smarrire le vie piane della scienza vera e faccia fantasie ed ubbie invece di giurisprudenza; — e temo d'altro lato, che in queste sue alte dimestichezze, la Corte non lasci talvolta trascorrere la immemore mano fino ai bracciuoli del seggio, ove sta la maestà del legislatore, e si creda di poter fare qualche volta anche le parti di quella sua buona amica, la legge.

Dissi in primo luogo: fantasie ed ubbie. — Nella vecchia giurisprudenza, quale era prima che la Francia rivoluzionaria venisse ad organizzare, fra tante altre cose, anche la ragione e il terrore, i fatti facevano il diritto; e legislatori e giudici studiavano nei fatti, e chiedevano a questi la rivelazione del loro essere, e la loro legge: e così era la piana scienza d'allora. — Che anzi *ab immemorabili*, e ben prima che Bacone venisse ad insegnarlo alle altre scienze, e quando queste, lungi dalla osservazione dei fatti, erravano tutte nei gai sogni di quella scienza di cui ci dà così amena pittura il Don Ferrante del nostro Manzoni, già il metodo baconiano, cioè l'osservazione, governava incontestato le discipline legali; e noi legali, noi soli, mostravamo di avere ben capito la

natura di quei *piccoli testardi* pieni di buon senso (1), che sono i fatti, e che tengono in mano

(1) Fu chi disse, che i fatti sono piccoli testardi pieni di buon senso: con che intendeva di dire, che solo coll' osservazione dei fatti si può ottenere la conoscenza e il vero senso delle cose. E da Bacone in poi la osservazione diventò il metodo di tutta la scienza la quale, riconoscente al maestro, intitolò da lui il nuovo metodo, e ad indicarne la importanza che gli dava, lo disse la *riforma baconiana.* — La filosofia medesima cominciava con Kant una nuova epoca, proclamando la necessità di riformarsi col medesimo metodo, e di rifare l' esame dello stromento delle nostre cognizioni, cioè dello spirito, collo studio de' suoi fenomeni: ed ora l' osservazione, esterna pei fatti di esperienza, interna pei fenomeni dello spirito, è diventata il processo di tutta la scienza. E la storia della filosofia e delle scienze è là a dar ragione al metodo; ed i piccoli testardi sono ora diventati i beniamini accarezzati da tutta la scienza. Noi legali invece, che prima di tutti, ed anzi sempre, abbiamo proceduto con quella via, e siamo venuti così fino all' anno di grazia 1790, abbiamo voluto aspettare a smettere giudizio, e a dirla marchiana quando facevano senno tutte le altre discipline del pensiero.

E ciò che rende più curioso il fenomeno e degno di figurare in una storia della filosofia, è il modo con cui questa idea, nemica dell'osservazione e dei fatti, emerse alla luce. — La storia delle scienze non registra un' idea che sia stata balestrata tutto ad un tratto in mezzo all'umanità, e che abbia preso possesso di questa nei modi spicciativi che adopera un' armata con una provincia nemica: ma tutte le idee, e specialmente le più luminose, le più feconde, le più grandi, furono precedute da una laboriosa gestazione, e da un periodo di contrasti, e vagiscono e si disegnano da lontano nei tempi remoti per guisa, che spesso la storia stenta a raccapezzare le loro prime origini. — Eccovi qui invece un' idea, di cui noi possiamo

e girano a loro senno le chiavi del paradiso della scienza; — e piantavamo saldo l'albero della nostra in quell'assioma: *ex facto oritur jus*: dammi il fatto, e ti darò il diritto. — Tale era dico *ab antiquo* il metodo della giurisprudenza. — E posto questo metodo, e fissato e compreso, come ciascuno lo comprende, l'oggetto che distingue la scienza giuridica dalle altre scienze, ciascuno avrebbe potuto, e saprebbe anche ora, dirvi il suo essere, il suo organismo, suoi fini e suoi mezzi: essendochè non sia questo che il metodo di tutta la scienza; ed essendochè, in

contare anno, mese e perfino il giorno in cui esplose; e che vien via veramente come un proiettile: e nell'ora stessa in cui nasce essa è bella, compita, fornita, ed istrutta di tutte armi, come la Minerva uscita fuori da una spaccatura del cervello del sommo Giove; e tosto piglia possesso dell' umanità, che l' accoglie e la acclama, come se fosse la aspettata di mille anni. — Che anzi, a ben considerare, questa idea non è pur solamente una novità, ma, sino a tutto il giorno che precede il suo nascere, essa sarebbe sembrata il rovescio e la contraddizione del senso giuridico di tutta umanità. La quale, contando dalle XII tavole, non solamente non ne ebbe sentore, ma professa costante il principio contrapposto, per modo, da far credere, che questo non fosse meno che la forma essenziale necessaria del suo intelletto legale. — E a fronte di tutto questo, essa, la nuova idea, non solo spazza l' antica, ma sorprende, e si impossessa delle menti per modo, che queste sembrano perfino non conservare più nemmeno reminiscenza di sè e di quello che furono prima di quel giorno; e a niuno viene in mente di chiedere a sè stesso, come la pensasse, e come avesse pensato così diversamente ieri; e come fosse stato, insieme al suo, quel lungo, quell' universale aberramento dell' umanità; e nessuno pensa a domandare alla nuova idea, che mostri i suoi titoli, e che porga giustificazione

questo metodo, anche la giurisprudenza non sia scienza, che in quel medesimo senso in cui tutti intendono questa parola. — Con questo metodo, dico, ciascuno sa benissimo che cosa sia giurisprudenza; ed io mi rendo conto perfettamente del come, e di che cosa faranno i nostri giudici; della natura e degli scopi del loro ministero; della loro efficienza, dei limiti del loro potere. — Ma io vi giuro, che non so raccapezzare più nulla; e sfiderei Kant a intendere meglio di me, in questa nuova scuola francese, che comincia dal movere a ri-

di sè. — Vi ho già detto che per la Francia del 1790, per la Francia che tuonava le sue leggi fra i fulmini e le tempeste, e non d'altro preoccupata che di spazzare l'antico, io la capisco, e me la spiego in parte: ma tra di noi nell'anno di grazia 1866, tra noi così calmi e tranquilli, così pazienti nel fare, così rassegnati a disfare, e così longanimi a discutere il pro, il contro ed il sopra, rimane un fenomeno mentale, che parmi meritevole ancora di occupare gli studi de' psicologisti.

E intanto, e con queste novità, la giurisprudenza ci ha essa veramente guadagnato? — E non parlo della giurisprudenza italiana, sulla quale vi sarebbero altre ragioni a dire, ma parlo della francese. La giurisprudenza della Corte di cassazione di Francia è essa migliore di quella degli antichi parlamenti, che andavano colla vecchia scuola, e che morivano appunto, quando veniva la Corte a fare esperienza della nuova? — Io mi dichiaro incompetente all'arduo giudizio: ci darebbe però grave argomento a dubitare in contrario quello, che ho già riportato di Lerminier sulle condizioni attuali della scienza in Francia — ed al quale aggiungo un fatto, che viene in conferma delle osservazioni dell'illustre scrittore.

Per quanto a me sembra, già da tempo la letteratura giuridica francese è ridotta ai lavori di commento — non faccio parola dei tanti manuali d'ogni genere, la-

troso dei modi di tutta la scienza e delle leggi dell'umana ragione, e a rompermi in mano l'istromento medesimo di tutto il sapere, il pensiero; e dove quindi non so più intendere nemmeno il mio intelletto. — E invano tenzona il mio spirito, e si dibatte, come sotto le strette di un incubo, in faccia a questo imprensibile problema: una scienza senza osservazione, una giurisprudenza senza fatti — finchè, lasso dalla disperata fatica, prorompo, mandando per sempre i nuovi utopisti a fare nelle nuvole, insieme a Don Ferrante, la

vori che lo metterei piuttosto fra i prodotti dell'industria, che fra quelli della scienza. — E certamente i commentari francesi sono pieni di erudizione, di dottrina, di buon senso; abbondanti, limpidi, chiari; con una tal forma spigliata, con una tale parola carezzevole e leggera, ed insieme con una tale dignità condita di grazia, sì che l'idea sembra penetrare da per sè nell'intelletto; d'una tale discretezza poi nel misurarvi la bisogna dell'attenzione e dello studio, che, più che una fatica, riesce un diletto lo stare a scuola con essi. I commentatori francesi, dico, sono pieni di merito, e fanno la pastura gradita specialmente di noi italiani. Ma non giova tacerlo, nè io sono il primo ad osservare il fenomeno: per sè, l'epoca dei commentari — quando questi succedono alle epoche virili dei grandi lavori sistematici, quali ebbe la Francia nei secoli XVI e XVII — e ben diversi da quelli che sono anzi gli ardimenti di una età giovane, che viene dopo l'infanzia, come furono quelli delle grandi scuole del medio evo — l'epoca dei commentari, dico, segna generalmente parlando un periodo, ditelo di riposo, ditelo di raccoglimento, ma ad ogni modo un periodo di sosta e di decadimento della giurisprudenza. In queste epoche la scienza sminuzza, analizza, forbisce, ma si limita a ripetere e ad essere l'eco di un'altra parola: e chiarisce assai bene il pensiero legislativo e sa anche

nuova loro scienza. — Senonchè, cessato il dispetto, io crollo tristamente il capo, domandando a me stesso, dove andremo a finire con questa giurisprudenza sublime; e che cosa avverrebbe con essa degli affari miei e dei miei concittadini, — se non fosse speranza, che resisterà al falso insegnamento, e preserverà il giudizio dei nostri magistrati il buon angelo della naturale loro rettitudine e del loro buon senso.

Mi si risponderà, che ad ogni modo rimarrà per la nuova scuola tutta quella parte di dottrina

mostrare le mende e suggerire i ritocchi, ma non ha più le sintesi luminose: e indirizza con assai buon criterio la pratica, ma più non pretende alla iniziativa, e ad impressionare in grande il movimento legislativo; e contenta a conservare, rinuncia al dare l' impulso ed al progredire. E la giurisprudenza smette di essere la *notitia rerum divinarum atque humanarum*, per ridursi all' arte, *ars boni et æqui;* e, cessando di scorrere come fiume, serpeggia e gorgoglia e si disperde in limpidi sì, ma minuti rigagnoli.

Ma forse che la scienza legale abbia più nulla a fare dopo il diritto romano, e dopo il codice Napoleone? — Trova ancora tanto a fare e fa l'idea cristiana: e sarebbe esaurita per sempre la sua primogenita figlia, l'idea legale? Ma io non mi lascerò tentare dal quesito, sul quale ho già espresso qualche pensiero in alcun altro mio scritto: e mi limiterò a ripetere il detto di Leibnitz: *Nulla est ars, quæ singulari consummata sit ingenio:* ciò che vuol dire, che non vi fu, nè vi è, nè vi sarà genio, nè popolo, nè secolo giammai, a cui possa essere dato riempiere il libro della scienza o dell' arte per guisa, che più non rimanga pagina bianca per le generazioni avvenire: e dirò, che non pare che rinunci a scrivere nel libro nè si accontenti di commentare la laboriosa, la vivida, l' ardita Germania.

e di giuridici concetti che io stesso rappresentava come forma dell'intelletto legale, indipendenti da ogni particolare caso o specie di fatto, ed anzi preesistenti nella mente del giudice ad ogni esercizio sui fatti; e mi si dirà, che almeno qui potrà restare ancora un assai degno e prezioso còmpito da domandare alla Corte. — Ho già fatto ragione altrove anche a questa osservazione, discorrendo dell'ufficio che esercitano, e del posto che tengono queste dottrine nella funzione legale; e non tornerò sul già detto. Cogliendo invece l'opportunità di mettere in rilievo, senza abbandonare l'attuale mio segno, un altro aspetto e tutto pratico di questa tante parte dell'intelletto legale, qual' è la dottrina, soggiungerò, che anche al maneggio di questa è necessario senso e spirito esercitato al contatto dei fatti; — e se ne convince tosto ciascuno, che appena badi alla composizione di quelli che noi chiamiamo istituti giuridici, ai quali risulta tutto il lavoro del legislatore e del giudice. — Le idee del possesso, della servitù, del pegno, del furto sono esemplari che il legislatore predispone come idee tipiche, a governo della mente del giudice; e così ci appaiono come pure forme razionali esistenti nell'intelletto di questo prima di ogni contatto di fatti, prima d'ogni esercizio del suo officio di giudice. Ma in questi esemplari, oltre un concetto legale, ciascuno vede che sta un' ipotesi di fatto; e sta un fatto che non è punto nè una visione, nè un' arbitraria creazione del legislatore, ma è, se mi si permette la frase, un contingibile che continge tuttodì nella

vicenda della vita civile: — e ciascuno sente, che come al legislatore è necessità studiare nei fatti della vita per comporre quegli istituti, così è necessità al magistrato farsi al contatto pratico dei fatti della vita, per comprendere quegli istituti. — La vita e i suoi fenomeni, ecco il foco comune in cui si incontrano col loro pensiero, compiendo il diverso loro ministero, legislatore e giudice: e quest'ultimo tanto più si renderà veritiero interprete ed esecutore della mente di quello, e tanto più si farà capace a compenetrarsi nel di lui intelletto, e a rilevare la figura de' suoi istituti e sentire le analogie, e cogliere le differenze, più avrà coll'esercizio e nella continua tenzone coi fatti acuito il proprio senso nell'intuire in quel comune obbiettivo, la vita. — Ciò posto, quale attitudine, io domando, a discernere la fisonomia e le specialità di questi istituti, qual tatto a disegnare i contorni assai spesso sfumati e leggeri di queste tipiche forme, quale attitudine dico e qual senso potrà crearsi una giurisprudenza, la cui prima iniziazione si è quella di attutirsi il senso del fatto; il cui primo esercizio si è quello di precludere alla mente ogni esercizio coi fatti? E come potrà rispondere alla pratica sua missione questa giurisprudenza digiuna di pratica? (1)

(1) Mi permetterò un esempio: In una sentenza di Cassazione vidi ragionarsi con molta serietà e copia di dottrina sull'omicidio *per mandato* colle teorie del mandato civile; come se il fatto di chi mi dice: va e freddami con uno schioppettata colui, fosse davvero un incarico ad amministrare, un affare, colla corrispondente

Ma vado innanzi. Fra i miei timori ho accennato in secondo questo: che una suprema Corte possa innoltrarsi anche troppo nelle sue confidenze col legislatore e colla legge: con che intendeva di alludere al pericolo di una troppo libera, di una troppo corriva interpretazione; di quella interpretazione, che finisce a mettere il pensiero del magistrato in luogo del concetto legislativo. — Obbiettivamente parlando, questa sostituzione che il magistrato fa della propria coscienza a quella del legislatore, avviene ogniqualvolta, anche per involontario errore, il giudice devia dal retto senso della legge: il magistrato fa allora una legge che non è quella del legislatore, e rompe la legge di questo; e ciò è sempre danno. Ma ciascuno sente che l'offesa ed il danno sono tanto più gravi, alloraquando il giudice, non per difetto di mente, ma sciente, si permette di aggiungere, di correggere, di riformare nell'opera legislativa. Ora io non contesterò certamente, che tanto l'una quanto l'altra ipotesi non possa verificarsi in qualsia più disparato sistema giudiziario, non eccettuato quello delle tre istanze: ma io credo poi, ciò che ciascuno mi consentirà pur di leggeri, che mentre la seconda ipotesi, il fatto cioè di un'arbitraria interpretazione, non potrebbe essere che transitorio

directa e *contraria mandati actio*, coll' obbligo della resa di conto ecc. ecc. Io credo che qualunque persona con assai meno di dottrina legale, e con un più pratico senso della natura di questi due fatti: *incarico ad amministrare*, ed *incarico ad ammazzare*, avrebbe evitata quella che a me pare assai strana miscela di idee.

accidente ed individuale pervicacia nel sistema delle tre istanze, diventa, per naturale china delle cose, tendenza permanente di scuola, e perenne tentazione dello spirito nel sistema della Cassazione. In quel primo sistema il fatto medesimo tiene legata, e fino a certo punto, in sesto ed in rispetto la mente, e pone un limite alle possibilità dell'errore e dell'ardimento del giudice: — e quivi il fatto della causa, che costringe lo spirito all'analisi, ricorda al giudice il suo posto ed il suo ufficio diverso dalla generalità e dalla sintesi del legislatore. Ma imaginate una magistratura, com'è quella della suprema Corte, alla quale si fa suonare tutto dì all'orecchio: che essa non è solo magistratura, o non lo è al modo delle altre, ma è un grande potere politico; ch'essa non è come gli altri giudici, per alcune specialità di fatto o di causa, ma solamente per le alte generalità della legge; ch'essa siede vicina al legislatore che rivela ad essa i reconditi suoi pensieri; che la legge la ispira, e diventa per essa sensibile verbo e parlata parola, — e imaginate queste frasi, non solo stereotipate in lavori grandi e piccoli della pubblica stampa; non solo declamate e ripetute oratoriamente ed adulatoriamente dagli avvocati, ma intonate solennemente alla Corte, come un richiamo a sè stessa, ed all'altissimo suo ufficio, da questo altro così imponente pubblico ufficio, che è il Pubblico Ministero; (1) — e imaginate

(1) L'allusione che ora ho fatto al Pubblico Ministero, posto ai fianchi della Corte di Cassazione, mi suggerisce un' altra considerazione, che mi permette di aggiungere

ancora oltre ciò, che, fatto silenzio ad ogni opposizione all'intorno; e cessata pur questa querela che le muove ora quest'altro sistema delle tre istanze, tutte le menti si inchinassero all'adora-

alle altre molte già toccate in questa relazione, accennando al carattere tutto politico delle istituzioni create dalla grande Costituente di Francia, non eccettuata la istituzione giudiziaria. — Nessun governo fu per intenzioni più generoso e sincero di quello della grande Assemblea: ma preoccupata in tutti i suoi studi dall' intento di cambiare la faccia e lo stato politico alla Francia, quella Riformatrice indirizzò a questo scopo ogni suo pensiero; e così impressionò e colorì tutto di politica. — E qnanto alle istituzioni giudiziarie, a chi ne dubitasse, basti gettare lo sguardo alla combinazione di queste due che sono: la Cassazione, magistratura per la *legge* e quindi magistratura politica, e il Pubblico Ministero, che è esso pure per la *legge*, e quindi ancora una istituzione politica. La Corte di Cassazione è la metafisica, il Pubblico Ministero è il braccio del sistema. — Il Pubblico Ministero a modo francese, non giova il negarlo, con quella tanta parte, che ha in tutto il movimento degli affari giudiziari, e con quella tanta influenza che esercita sulle persone stesse della magistratura, le quali oggi stanno in di lui confronto in atteggiamento di superiori, sedendo *pro tribunali*, ma domani sono sue dipendenti per la loro carriera, il Pubblico Ministero, dico, è per sua natura e per la espressione stessa del suo officio, il potere politico piantato sul petto della Magistratura, è il potere politico che mette le mani sulle sacre bilancie. Il Pubblico Ministero considerato nei suoi rapporti colla magistratura è argomento che merita tutti gli studi e tutta la attenzione di ognuno a cui prema la indipendenza di questa gelosa e santa salvaguardia di tutti i diritti e di tutte le libertà civili e politiche, che è l'Autorità giudiziaria.

zione, tutte le lingue si unissero a ripetere l'osanna: e poi ditemi, se voi stessi non sareste per compatire, se in questo turbine di laudi e di incensi, anche un robusto intelletto, anche una forte tempra di magistrato sentisse infine scompigliarsegli le idee, e riuscisse a smarrire la linea dove terminano i propri, e dove incominciano i vietati aditi del legislatore. — Il celebre Procuratore presso la Corte di cassazione di Francia, Dupin, conchiudendo in una sua causa, proclamava queste memorabili parole, ricordate in esempio anche dall'avv. Giuriati: « *la Corte essere avvezza a leggere nei pensieri reconditi del legislatore.* » Con queste parole il celebre Procuratore intendeva elogiare la Corte: queste parole a me farebbero spavento, se non fossero una figura. — E che, direi io, ha dunque due leggi, due parole il legislatore; l'una pubblica e manifesta gettata alle turbe a soddisfazione degli imbecilli, l'altra la vera recondita, ad uso solo della Corte? E sarebbero dunque un'impostura queste, che noi veneriamo come le tavole sante della legge? ed avremmo ancora, come ai tempi dei Cesari di Roma, i pensieri reconditi e le *arcana imperii*, ed avremmo le opere misteriose, delle quali si farebbe nelle tenebre misteriosa esecutrice la Corte? — E sarebbero questi, o signori della politica, o uomini delle garanzie e delle controllerie, sarebbero questi gli alti fini politici, pei quali volete istituire questa alta magistratura? — Senonchè io ben so, e lo sappiamo tutti, che, almeno presso di noi, il legislatore non ha pensieri reconditi, nemmeno

per la Corte, più che non abbia per me, ultimo fra i suoi cittadini; e sappiamo pur tutti, che anco in fatto di legge, per saperne di più, unico mezzo è studiare di più: — e voglio pure ammettere, che, anche nella bocca del celebre Procuratore, quella frase fosse una figura. Ma io so inoltre, che anche la figura è un modo di esprimere, che può essere netto e calzante al pari di ogni altra maniera di esprimere: e dico che vi ha in quella dell'illustre Procuratore francese tanto senso e tanta espressione, quanto può essere in qualsia più studiata e felice figura. — E dico che vi ha una parola, che il celebre magistrato giammai si sarebbe permessa all'indirizzo del resto della magistratura; e vi ha l'allusione ad un'interpretazione, riservata solo alla Corte e vietata a tutta l'altra magistratura; e vi ha, lo si dica pur francamente, un'insinuazione funesta. — Essendochè, per quanto si tarpi la frase, leggere nei reconditi pensieri del legislatore equivale al fargli dire ciò che non ha mai detto; e fargli pensare ciò che nessuno sa che giammai abbia pensato; e ben sappiamo tutti, che vi ha un unico modo per leggere in quei reconditi pensieri: mettere nella testa del legislatore il nostro pensiero. — E dico che vi ha in quelle parole del celebre Procuratore di Francia un'aura ed un suono, che a me pure, come all'avv. Giuriati, fanno gettare il grido dell'arme.

Si dice che la terza Istanza non può giovare alla unificazione della giurisprudenza. — Io non

ripeterò, che nemmeno la Corte, per quanto vi pretenda, raggiunga l'intento, e risponderò direttamente all'obbietto: e perchè no? e non mi periterò di dire mio franco avviso, che un tribunale di terza Istanza, il quale dispiega gli autorevoli suoi pronunciati, senza imporli colla parola del comando, senza pretendere a maggiore autorità, che a quella morale autorità, che esercita per sè stessa, più è alto locata ed onoranda, la magistratura, debba anzi esercitare sulle magistrature soggette un'influenza assai più accetta, e perciò stesso tanto più efficace, che non quella di una Corte di cassazione, la quale provoca contro di sè tante resistenze, e, diciamo pure, tanti nobili istinti dell'umana natura. — In Lombardia, sebbene i giudici inferiori ed i tribunali d'appello professassero assai francamente le loro opinioni, anche contro le dottrine del tribunale supremo, nè mai sia invalso il dire: il supremo tribunale ha giudicato, in Lombardia, dico, giammai si vide esempio di quella reazione organizzata a congiura, quale si dice essere, o essere stata quella dei tribunali e delle Corti dell'antico Piemonte contro la Corte di cassazione sedente in Torino (1); nè mai si

(1) Nè si dica che fosse paura, poichè a dimostrare, come la magistratura lombarda si contenesse, non solo verso il supremo Senato, ma anche verso il Governo, ricorderò l'acclamato fatto di quella risolutezza con cui quasi del continuo quella magistratura si pronunciava contro il Fisco nelle sue cause civili: — ed io, dopo tanti anni, ricordo ancora l'avviso, che a me giovinetto ascoltante dava fino dai primi giorni il venerando mio consigliere con queste parole: *semper mala causa fisci.*

Digitized by Google

ebbe esempio simile a quello di questa Corte suprema, che per ben sei volte pronuncia in modo eguale sulla medesima tesi, ma invano, perchè la tesi è con altrettanta pertinacia ripudiata da tutte le Corti. — Nè in Lombardia si udì mai lamentare che fosse anarchia di giurisprudenza. Ebbimo qui pure dei temi legali, per esempio quello del modo di operare la collazione ereditaria; sulla estensione della facoltà fatta al padre di sostituire al figlio imbecille; sul punto, se il legatario di uno stabile vincolato ad ipoteca sostenga, anche in rispetto all'erede, il debito pel quale è iscritta l'ipoteca; ed altri, sui quali si pronunciarono per qualche tempo divergenti i giudizi dei tribunali: ma poi abbiamo veduto anche su questi temi comporsi, senza scosse e senza scandali, concorde la giurisprudenza e la magistratura. — Io vorrei anche concedere che la Cassazione, che impone, potesse riuscire qualche volta più presto, che una terza Istanza, che lascia parlare e lascia fare; ma vorrei poi che si tenesse pur conto, se così posso dire, della qualità delle due uniformità: uniformità negativa e di soggezione la prima; uniformità di persuasione, e vera armonia la seconda (1). — Dirmi poi che la terza Istanza, perchè non impone, non possa mai conseguire uni-

(1) La istituzione della Corte si mette sugli esempi di Roma papale; non si meravigli quindi se ne avrà anche i risultati; se cioè otterrà non l'adesione spirituale, che collega ed armonizza intellettualmente le menti, ma la uniformità esterna, ma la obbedienza accidiosa e passiva, che non è che un silenzio, ed è la negazione del con-

formità alcuna, parrebbemi proposizione assai simile a quella di chi mi dicesse, che l'uniformità dell'intelletto e del pensiero tra gli uomini non si possa ottenere giammai in altra guisa, che coll'*anathema sit* della Corte di Roma.

Più sensata e più seria delle precedenti è, in una parte, la seguente, comechè attinta più intimamente alle particolarità del sistema. — Voi volete, così mi dicono gli oppositori, volete la terza Istanza come rimediò ed in soddisfazione delle parti, in caso di difformità tra i pronunciati dei primi giudici; e così volete, perchè vi sembra, che anche una sentenza di appello, quando riformi quella del primo giudice, non possa pretendere ad un maggior grado di fiducia di quella del primo giudice, che sta contro di essa. Voi chiedete quindi questa terza Istanza, onde presentare in ogni caso alle parti la morale garanzia di due conformi giudizi sul medesimo affare. Ma, in primo luogo, questa opinione fa offesa al principio di autorità, essendochè non sia lecito mettere pari ad un primo giudice una Corte d'appello, che la legge colloca ad un assai più elevato livello; una Corte d'appello, composta di assai maggior numero di più egregi giudici, e cui la legge, come pone superiore nel

senso e dell' armonia — e se vedrà le sue sentenze ricevute a quel modo con cui fu accolta a' di nostri la definizione dell' Immacolata Concezione pronunciata da Roma. — Parlando della quale non intendo emettere giudizi: ma alludo ad un fatto di cui possono testificare egualmente tra noi cattolici e non cattolici.

grado, così suppone di tanto più prestante nel senno. — È poi in secondo luogo un errore il supporre, che la terza Istanza possa sopperire a quel suo còmpito ed ottenerci in ogni caso la conformità di due giudizi: essendochè nessuno ignora, come si incontri non di rado, che la terza Istanza non consenta nè col primo, nè col secondo giudizio; ed avvenga pure che la terza Istanza, mentre sentenzia di conformità alla dispositiva del primo e del secondo giudice, pronunci però per tutt'affatto diversi motivi; ciò che rende al tutto apparente la conformità delle due sentenze.

Rispondo al primo, che non vedo quale interesse abbia qui il principio di autorità; essendochè non si faccia questione di autorità, ma di fiducia; e si tratti propriamente di onesto riguardo alle parti, di quelle parti che alla fin fine sono cittadini dello Stato, e questa giustizia, che domandano, la pagano; e che, se hanno l'obbligo di rispettare il principio di autorità, hanno pur il diritto, che anche l'Autorità faccia qualche cosa per loro soddisfazione. — Vergin di servo encomio e libero cittadino, pure io metterò suggello sulle mie labbra, onde più non esca parola, quando l'Autorità avrà detto la sua; e rispetterò le sue sentenze, e mi inchinerò alla cosa giudicata, qualsia il modo in cui la legge l'abbia composta. Ma se l'Autorità mi invita ad aprirle l'animo mio, e mi leva il suggello, essa non mi dica irriverente, se le rispondo, che non sono contento di lei. — L'osservanza poi del principio di autorità io la definirò in modo un po' obliquo, ma che non sarà men giusto, nè meno

chiaro, dicendo: ch'essa non consiste già nella muta ammirazione d'ogni cosa ordinata dall'Autorità, ma nel non resistere mai in modi illegali alle disposizioni di questa — con che, senza compromettere il principio di autorità, metto in salvo il non men sacro ed inviolabile principio, che completa quel primo, il principio della opposizione legale. — Lasciamo adunque andare gli scrupoli, e lasciamo stare il principio di autorità, che è fuori di questione; e permettetemi di ripetere che, quanto a me, nemmeno il pronunciato di una Corte d'appello mi affiderebbe d'assai, se fosse solo; e che mi soddisferebbe poi tanto di meno, se ad arrovellarmi l'anima con un nuovo motivo di dubbio si aggiungesse il fatto di una precedente diversa sentenza.

Più meritevole di riflesso è la parte dell'obbiezione seconda, e da franco avversario, io mi farò anzi a rilevarne il valore, più forse che non abbia fatto alcuno dei suoi propugnatori. — L'obbiezione sta in questo, che la difformità dei motivi può riuscire talora, e secondo la natura dei motivi medesimi, ad essere vera difformità di dispositiva; e quindi tale da non permettere, che si attribuisca alle due sentenze apparentemente conformi la forza di cosa giudicata in un sistema, che fondi questa legale autorità nella morale autorità di due concordi giudizi. — Se infatti, chiamato in giudizio con petizione di eredità, ottengo favorevole sentenza in un primo giudizio, perchè si ritenne invalido il testamento prodotto dal mio avversario, e poi, in un secondo giudizio, ottengo bensì nuova

favorevole sentenza, ma perchè abbiasi ritenuto, che il mio avversario sia persona incapace a succedere, egli è evidente, che le due sentenze, sebbene conformi nella parte dispositiva, differirebbero tra loro per tale divergenza che, volgendo non su un motivo puramente determinante, ma sovra quei postulati fondamentali, che Savigny chiama *elementi* costitutivi del giudizio, porterebbe una discrepanza sostanziale tra le sentenze medesime. Queste sentenze quindi così intrinsecamente discordi, a fronte del suono conforme delle loro dispositive, non potrebbero ritenersi siccome unisone, che per una finzione troppo evidentemente contraddetta dalla verità della cosa. Nessuna di queste due proposizioni: *invalidità del testamento, incapacità del mio avversario*, ha per sè la sanzione della ragione e della coscienza di due giudizi; nè il mio avversario sarebbe fuor di ragione, se, provocando al concetto fondamentale del sistema delle tre istanze, chiedesse di potersi riprodurre in un terzo esperimento a ricercarvi una più verace conformità di giudizi. — Ma dopo aver messo in evidenza la obbiezione, e conceduto, se pur fosse duopo, che nemmeno la terza Istanza pretende di essere l'incarnazione del vero, dirò pure, che parmi che si esageri la portata della difficoltà. E in primo luogo osserverò, che la vera difficoltà sta appunto nel caso che ho notato, ed in questo solo; in un caso quindi, che ciascuno sente non potere essere che un contingente assai raro — essendochè nessuno sarebbe per dare valore di differenze afficienti l'intrin-

seco delle sentenze a quelle divergenze di considerando, di ragionamenti legali ed altri simili accidenti, i quali indicano piuttosto una particolare direzione della mente del giudice, che un dissenso nella ragione e nella sostanzialità della causa — ed anzi, come sa ogni giudice ed ogni avvocato, non sono talora che innocenti trastulli, coi quali l'umanità dei secondi giudici compiace a sè stessa della credenza di avere detto diverso dai primi giudici; come questi si dilettano alla loro volta in voler far credere di avere trovato il pelo non discoperto dagli avvocati che trattarono la causa. — E, se non fosse per non dilungarmi, io mi offrirei ad accettare un'innovazione che farebbe sparire intieramente il difetto (1). — Dico poi, che in questi casi non esiterei a dar valore di cosa giudicata alla seconda sentenza: — e se si gridasse alla inconseguenza, io ammetterei che è un' inconseguenza; ma direi, che la difficoltà di qualche caso non può essere ragione a ripudiare un sistema,

(1) Sarebbe un interessante quesito a discutersi questo: se, in caso di differenze nei motivi, le quali volgano su questi che dissi *elementi* del giudizio, non potesse farsi luogo, come in caso di giudicati differenti, ad un terzo giudizio. Savigny sostiene, che queste differenze nei motivi fanno differenti tra loro anche le sentenze; e sostiene che questi motivi, al pari dei termini della dispositiva, dovrebbero entrare in criterio nei casi di controversia sull' eccezione della cosa giudicata. V. Savigny, Dir. R., vol. VI, *Della cosa giudicata*. Io credo che la difficoltà del quesito starebbe tutta nel considerare, se per avventura questa innovazione non fosse per portare soverchia facilità di abusare della terza Istanza.

che corre logico e conveniente nella generalità dei casi; — e giustificherei l'inconseguenza con una ragione, che toglierei ai medesimi sostenitori del contrario sistema. Questi, infatti, come si è già veduto, sono disposti a dare autorità di cosa giudicata alla sentenza d'appello, qualsia la difformità di questa da quella del primo giudice, motivando le tante considerazioni, per le quali la Corte deve ritenersi più prestante e miglior giudice di quello. Ora, ciò che i sostenitori della Cassazione accettano, in ogni caso, come ottima cosa e come sistema, io accetterei per eccezione, come tollerabile cosa, in qualche infrequente caso del sistema dei tre giudizi: — nè starebbe agli opponenti accusare una inconseguenza, che, a loro stesso giudizio, sarebbe una inconseguenza che ci metterebbe nelle vie del bene. — Ed egualmente farei nell'ipotesi di differenza sostanziale tra il terzo giudice ed entrambi i giudici precedenti: darei cioè per la stessa ragione prevalenza a questo supremo giudice. — E qui pure direi, che la questione non è nemmeno di logica, ma è sempre questione di fiducia e di onesta soddisfazione alle parti: nè vi avrà io credo sensata e discreta persona, che, dopo la prova di tre giudizi, ne pretenda ancora più; e non si dichiari soddisfatta del buon volere della legge, quando pure quei tre esperimenti abbiano fallito al di lei intento.

Istituendo certe ipotesi e certi loro calcoli fanno taluni anche la osservazione, che nel sistema delle tre istanze possa avvenire, che chi rimane vin-

citore nella causa abbia nel complesso dei tre giudizi ottenuto minor numero di voti del proprio avversario; ciò che loro pare essere un grave errore. Io credo invece che l'errore sia in questi medesimi calcoli ed in questo supposto, che figura come fossero tante istanze e tanti giudizi, quanti sono i giudici sedenti in ciascuna istanza. Ma ogni istanza è un individuo morale, che non ha altro voto ed altra parola, che quella della maggioranza: e così è, non per arbitrio di legislatore, nè per ispecialità di alcun particolare sistema giudiziario, ma per quella finzione, che è la necessità e la legge del dire e dell'operare di ogni governo di maggioranza. Nè all'ipotesi che si oppone alla terza Istanza potrebbe sottrarsi pur esso il sistema della suprema Corte.

Prendo come ultimo obbietto una difficoltà, che non accennerebbe pure ad un difetto, ma sarebbe piuttosto un' opinione, che, sebbene attualmente abbia per sè la corrente dei tempi, rimane però e rimarrà sempre un assai disputabile tema. La difficoltà consiste in questo, il quale essendo la funzione della terza Istanza basata sull'ipotesi di due precedenti difformi giudizi, nè potendo asserirsi contrarietà di giudicati, se non a condizione, che questi abbiano pronunciato sulla medesima specie e cogli stessi elementi, così la terza Istanza, per potere avverare quel suo supposto, non possa consentire il ristorare con novità di fatti e di prove la causa in appello: ciò che è attualmente il desiderato comune della scienza.

Digitized by Google

Sarà forse effetto di pregiudicate abitudini, e mi rimetterò in questo all'opinione del tempo; ma in un tema che è per nulla di scienza, bensì tutto di convenienza e di pratica, mi si permetta esprimere in contrario un sentimento che anch'io tolsi dalla pratica, ed al quale aggiunge qualche autorità, non fosse altro, la mia età. Io credo che l'asseverare come si fa oggidì, che il fissare, qual si richiede dal sistema delle tre istanze, le sorti di una causa allo stato nel quale questa fu posta innanzi alla prima istanza, valga quasi il commettere all'azzardo l'affare; credo, dico, che sia questa un'asserzione che esagera teoricamente un pericolo che l'esperienza mi dimostra esser assai meno serio; e porto opinione, che il caso, in cui un intelligente e premuroso avvocato non possa assicurarsi, per studio e per diligenza che vi adoperi, di avere abbracciato in tutti i suoi vitali elementi lo stato dell'affare, anzichè un probabile, sia solo un possibile caso. E pei casi di nuove ed incolpevolmente ignorate emergenze ho opinione che provvedano quanto basti, la facoltà concessa alle parti di introdurre nuove prove in corso di causa innanzi al primo giudice, e la restituzione in pristino *ob noviter reperta*, quali erano ammesse nel cessato regolamento di procedura in Lombardia. — E potrei pur contrapporre, che anche questa libertà di innovare in appello, non va scevra di pericoli, fra i quali quello di divenir facile fomite all'incuria dell'avvocato nell'istruzione della prima causa; ed essere così un rimedio che può esso stesso divenire causa del male.

Ma si accresca pure finchè si voglia il pericolo;

e posto anche, che il punto cardinale del nostro ordinamento giudiziario, decretato dai fati, debba essere la facoltà di rinnovare la causa in appello, io non crederei che la terza Istanza sia assoluta ed indocile in guisa, che non si possa venire ad una concordia. E giustificherei la concordia che propongo coi medesimi principii e cogli stessi esempi dei propugnatori della Cassazione.

Certamente le tre istanze prediligono il metodo della proibizione di ogni novità in appello. — In logico rigore, differenza di sentenza importa identità nel concetto della specie sulla quale furono proferite le sentenze: ma oltre questa, e dirò al di sotto di questa identità formale, io concepisco un'altra identità, meno rigida, che vorrei dire identità economica, *l'identità dell'affare*: — il quale meno assoluto e più trattabile per sua natura, che non siano i concetti, permette un più o un meno; e può tollerare delle differenze nel colorito, anche senza cessare di essere nel fondo l'identico affare. Ora io credo che anche la terza istanza, rinunciando all'identità logica, all'identità delle forme dell'idea, potrebbe accontentarsi di questa *medesimezza* della cosa. Io penso che questo mio modo di vedere o progetto non giungerà nè nuovo nè difficile ai sostenitori della Corte, che sono pure i propugnatori del sistema del duplice grado di giurisdizione; perchè è un furto che io commetto nella loro medesima messe: essendochè quella uniformità che io accetto per la terza istanza non sia che quella stessa uniformità di cui essi si accontentano nel loro sistema — ed alla quale

non viene meno il suo intrinseco valore, perchè dal duplice venga trasportata nel triplice grado di giurisdizione.

Infatti a questa grave obbiezione che si fa universalmente al sistema dei due gradi, alla obbiezione, cioè, che la causa in appello non è più quella, che era in prima istanza; e che quindi la sentenza proferita da questa non riesca che ad una inutile formalità, ad un dispendioso passaporto per accedere alla seconda istanza, si usa rispondere: che sebbene le due trattazioni e le due cause sembrino, e siano in fatti, due entità differenti prese a rigore di logica, pure in quanto all'oggetto e nel loro fondo non sono ancora che il medesimo affare, ventilato da un lato dal primo giudice, rivoltato e studiato dall'altro lato dal secondo giudice; ed essere così che il primo giudizio non va intieramente perduto; essere così che le novità e le differenze che avvengono nella causa innanzi al secondo giudice, debbono riuscire a tanto maggiore tranquillità delle parti, che vedono l'affar loro trattato in tutti gli aspetti nella serie dei due giudizi. — Ora io prendo la medesima teoria, e a chi mi obbiettasse, che le novità introdotte in seconda istanza farebbero tale differenza di causa, che giammai la terza istanza potrebbe dire di avere innanzi a sè due sentenze differenti pronunciate nella medesima specie, risponderei, che quelle novità farebbero diversità di *concetto*, ma non di *affare*. Questo rimarrebbe sempre il medesimo affare, sebbene fossero diversi i contorni e i colori sotto i quali venne presen-

tato ai due giudizi; e le due diverse trattazioni starebbero in cospetto alla terza istanza in quei medesimi rapporti, e farebbero quei medesimi servigi, che, nel duplice grado di giurisdizione, presta al secondo giudice la trattazione avvenuta innanzi al primo. — Io potrei completare anche per la pratica il mio concetto col soggiungere a modo di proposizione un qualche cenno di regolamento; ma, poichè sente ciascuno che, accolto il principio, non potrebbe essere grave difficoltà quella di dargli una forma pratica, così nella lusinga di aver vinto la difficoltà di massima, voglio credere di aver detto abbastanza per superare tutta la difficoltà.

Farò da ultimo anche sulla terza Istanza qualche cenno di storia. — Se, ad assistere alla nascita della Cassazione, abbiamo dovuto trasportarci in Francia, al Consiglio delle parti, alle gare dei re coi parlamenti, alla reazione della rivoluzioni contro i re, e metterci dentro alle esperimentazioni della filosofia francese del secolo scorso, a rinvenire le origini della terza Istanza non ci abbisognerà punto uscire di casa nostra, e non avremo a cercare che in Italia; nè ci occorrerà che di rovistare alcun poco l' archivio di famiglia, dove troveremo questa istituzione vergata, a così dire, di tutto pugno dei padri nostri; e la vedremo sorgere, non precipitato frutto di ire politiche, ma ponderato studio di miglioramenti civili e maturato prodotto di graduale progresso.

Che sia procedenza romana non dirò; sebbene la facciano, a così dire, romana il sentimento della inscindibilità del giudizio del diritto dal giudizio di fatto, che è uno dei concetti fondamentali del suo essere. — Quei sommi, che ebbero così potente intuito nelle più profonde intimità del diritto, e così abile mano alle elaborazioni del medesimo, non intravidero pure, che potesse essere giudice, che dettasse in solo diritto, senza conoscere sul fatto, un giudice non per le parti, ma per la legge (1). — Ad ogni

(1) Alcuni hanno voluto trovare un esempio della separazione del giudizio di diritto dal giudizio di fatto nella giurisprudenza romana, ai tempi dei giudizi per formole, nei giudizi cioè nei quali il pretore dava il *judex*; e vorrebbero vedere il giudice del fatto in questo *judex*, e il giudice del diritto nel pretore. — Ma, come sviluppa largamente Savigny (Dir. Rom., vol. VI, della *litis contestatio*) il pretore non dava il *judex*, se non dopo che la lite era stata piena mente svolta innanzi a lui dalle parti, e queste avevano prodotte tutte le loro eccezioni, replicazioni e duplicazioni; e costituendo il *judex*, il pretore dava a questo tale *formula* (regola giuridica) dedotta dai fatti prodotti durante la contestazione della lite, che non gli lasciava altro incarico, che quello della verificazione dei fatti medesimi. A modo di esempio così: tu Mevio sei giudice; e se ti verrà provato che Tizio abbia prestato mille sesterzi a Sempronio, tu condanna Sempronio; se no assolvilo: *si paret condemna, si non paret absolve*. — Onde è evidente, che, in questa procedura, l'ufficio del giudice non era che quello di un giurato, incaricato non del giudizio dei caratteri legali del fatto, ma del solo giudizio sulla prova di questo. — Altri poi hanno voluto tentare la medesima prova, spigolando

modo noi la troviamo quasi comune in Italia, già fino dai tempi del medio evo, in quell'epoca, la quale, se fu di ferro nel resto delle condizioni sociali e politiche, avrebbe molto ad insegnare ai nostri giorni quanto ad amore, a serietà e

qua e là nel diritto romano alcuni altri frammenti, a' mézzo dei quali, con sottili interpretazioni, crederebbero di poter dimostrare, che anche in Roma si tenesse ben distinta la questione di diritto dalla questione del fatto, e si decidesse talora sul solo diritto; e quindi di potere argomentare, che anche in Roma si praticasse la separazione dei due giudizi, e fosse, sebbene ancora piccina nè così ardita come la francese, una Corte di cassazione. — Ma quei frammenti, a mio avviso, dicono solo, come gli antichi Romani prima di *respondere* o *judicare* studiassero per bene la questione di diritto e la questione di fatto, e decidessero poi unicamente sul punto di diritto, come farebbe anche la terza Istanza e qual sia dei nostri giudici, quando la controversia era solo su questo: ma da questi frammenti al dirci, che anche in Roma vi fossero giudici che sia ordinariamente, sia straordinariamente sentenziassero in una causa solamente pel diritto, senza darsi per intesi del fatto, ci corre d'assai. Per me poi questo minuto argomentare fa l'effetto di darmi precisamente la prova del contrario. Noi non abbiamo bisogno dello scandaglio nè della lanterna di Diogene, per trovar traccie nè dei decemviri, nè del pretore, nè dell' edile, nè del *judex*, nè di tante altre istituzioni romane; ed una istituzione tale, come quella della Cassazione, se fosse esistita, avrebbe lasciati ben altri vestigi di sè, sia nella giurisprudenza, sia nella letteratura latina. — I sostenitori poi di questa Cassazione romana dimenticano un po' troppo un dato che non è permesso scordare; dimenticano cioè la natura e gli istinti della istituzione, la quale è la più legittima figlia di questa furia di unificazione di cui è autrice, e della quale pure fu maestra a noi,

sincerità di studi civili (1). — Così noi la vediamo figurata in Venezia fino dai più remoti tempi di questa repubblica, che, al dire dello Sclopis « tenne sempre nei suoi ordini civili e politici un certo carattere di matura prudenza,

perpetui scolari suoi e pusilli, la vicina Francia, furore unificativo che è il più preciso contrapposto a tutte le abitudini ed a tutti gli esempi romani — sui quali chi volesse erudirsene, senza ingolfarsi in molti studi, non avrebbe che a leggere l' articolo: *la vie de province dans l'empire romain*, di Gastone Boissier, *Révue D. D. Mondes*, 1 avril 1866.

(1) Bisognerebbe essere al tutto digiuni di storia patria, per ignorare, che il medio evo fu l' epoca più fervida degli studi del diritto; e fu l' epoca della vita dei nostri Comuni e dei nostri statuti; l'epoca delle glorie delle nostre repubbliche, dei portenti della nostra letteratura e delle nostre arti: nel medio evo l'Italia visse, dappoi vegetò; ed è una notizia, che giova ricordare ad edificazione di coloro, che credono, che l' ascensione del pensiero italiano cominci colle novità di Francia del secolo scorso e coi codici francesi. — Quanto poi al medio evo della Francia, e precisamente quanto alla sua giurisprudenza, ecco come ne scrive Lerminier nella storia del diritto, in un passo che io ripeto qui in parte, dopo averlo riferito in quel luogo di questa relazione dove tratto della storia della Cassazione: « Fu l'Italia che produsse nell'Europa moderna la scienza teorica del diritto; e l'Italia la portò in Francia.... Ai parlamenti si devono i primi sviluppi che la scienza del diritto ebbe in Francia. L'educazione storica, che associava, a così dire, del continuo la teoria alla pratica, impresse alla legislazione francese il suo carattere di buon senso e di rettitudine, e impedì il nascere delle sottilità e delle finzioni. Nulla di più razionale e sano dei monumenti della giurisprudenza dei parlamenti. Giammai nazione ebbe un corpo di magistratura

che mancava per lo più nelle altre costituzioni di repubbliche italiane; e che fino dai tempi più

così illuminato. Quei magistrati erano giureconsulti abili e profondi.... Venne il secolo XVI colle sue teorie, colle sue scuole scientifiche: fu un movimento generale, un movimento di scuola potente: ma la decadenza successe ben presto a questi bagliori. In principio del XVII secolo le scuole languirono, lo studio profondo dell' antichità fu abbandonato; cessa la giurisprudenza storica e la filosofia; la letteratura cancella tutto, e la scienza del diritto può mantenersi appena in mezzo al secolo di Luigi XIV fra tanta gloria che le è straniera. » — Or si ricordi che quegli antichi parlamenti facevano giurisprudenza a vecchio metodo, cioè senza separazione dei giudizi. — Seguendo lo stesso scrittore ho già toccato altrove con quali metodi e con quanto patrimonio di scienza legale si facessero le istituzioni giudiziarie in Francia al tempo della rivoluzione, che è il tempo della Cassazione. — Io credo che si faccia tra noi una strana confusione di cose con quelle frasi, nelle quali, scialacquando il panegirico a tutto ciò che fu in Francia nel 1789, si viene confondendo tutto insieme le aspirazioni, i sentimenti, i principii, nei quali quella rivoluzione fu grande, coi suoi sistemi, colle sue istituzioni, coi suoi mezzi, nei quali non fu spesso che una entusiasta utopista, e fu non di raro estremamente piccola: — e dico franchissimo, che se io dovessi condannarmi a vivere solo di lezioni di Francia, io, quanto alla istituzione giudiziaria, mi metto subito a scuola della Francia del medio evo, dell' epoca cioè che precedette la rivoluzione. Almeno in quei vecchi tempi si aveva fede al diritto; gli ordinamenti giudiziari erano incomposti ed incompleti, ma sinceri; ed erano una istituzione che non aveva bisogno che di progredire, e che avrebbe progredito coi tempi. Al tempo della rivoluzione invece io mi trovo in faccia una generazione ardente ma scettica, una filosofia che non crede più a nulla, nemmeno

antichi procedeva collegialmente (1). » — E la vediamo atteggiarsi ancor più chiaramente nelle istituzioni dei re normanni, e specialmente in quelle di Federico II di Svevia, di cui dice il già citato scrittore, che fu quegli « che condusse ad una perfezione, unica piuttosto che rara, la pubblica costituzione dello Stato, sopratutto in fatto di amministrazione di giustizia; e che cominciò dal porre per base dell' ordinamento di tali leggi i principii saluberrimi di ragion civile e politica: che ogni giurisdizione viene dal principe, che la legge ed i magistrati debbono essere eguali per tutti i sudditi, che la giurisdizione civile e criminale devono stare divise; ed introdusse nel regno tale ordine giudiziario, che rispondeva per gradi e per distinzione di uffici alla semplicità di quelle idee ed alla severità di quei principii. » — La vediamo « assisa nella sacra Rota di Roma, tribunale celeberrimo e sotto certi rapporti cosmopolita (2) »; da ultimo, per

al diritto. — Mirabeau non voleva pure sentirne la parola, e non voleva altra formola che questa: per *interesse comune* — e mi trovo ad un totale pervertimento dell' idea stessa della Istituzione giudiziaria, che cessa di essere istituzione, per non essere più che un mezzo di governo ed uno stromento di rivoluzione; e fa la Cassazione, magistratura, che professa di essere una politica. — E checchè se ne dica, sebbene rammorbidite da un più profondo sentimento della legalità e del diritto cresciuto coi tempi, anche ora le istituzioni giudiziarie francesi risentono della loro origine.

(1) Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, vol. 3.

(2) *Studi sulla terza Istanza.* Art. segnato A. B. *Gazzetta dei Tribunali* di Milano, n. 19 e seg. 1861.

tacere di altri minori esempi, essa è in Toscana, ove già al fine del secolo XIII era statuito « che se la sentenza del giudice delle appellazioni era conforme alla prima, era finita la causa; se nò, aveva appello al podestà, che la faceva vedere per i suoi quattro giudici collaterali, e la sentenza loro stava ferma, nè aveva appello (1). » — Io sono pienamente coll' avv. Giuriati, nel credere, che, qualora nel finire dell' ultimo secolo, sopra l' Italia non fosse passata la mano della rivoluzione francese, forse gran parte di così fatte istituzioni sarebbero ancora; e mi unisco al sentimento di quanti sono in Italia, i quali stanno ancora a dubitare, se la rivoluzione francese, caduta come turbine sulle prime fioriture del nazionale nostro progresso, iniziato con tanto ardimento di liberali spiriti, e con tanta soddisfazione di popoli dai principi riformatori del fine dello scorso secolo, e venuta a gettare germi ed ire francesi, dove già così promettente cresceva di naturale propria virtù il genio italiano, se questa rivoluzione dico debba contarsi veramente fra le più grandi fortune d' Italia (2). — Se nella scienza potessero valere altre ragioni

(1) Sclopis, *Storia citata.*

(2) V. Colletta, *passim*, *Storia di Napoli.* — Balbo, *Storia d'Italia.* E così sembra pensarla anche Lerminier. « Il codice Napoleone introdusse in Italia gli errori, e l' ordine dell' amministrazione imperiale: esso migliorò i rapporti positivi e pratici della vita, ma compresse più che mai lo sviluppo del pensiero e della scienza nazionale. » Lerminier, *Storia citata.*

che quelle del vero, e potessero giudicare gli affetti, io avrei dovuto attendermi, che inchinasse gli italiani, almeno ad ossequio, verso quella antica tradizione italiana l'affetto di patria: ma, singolare a dirsi, quella storia fu volta persino ad argomento di riprovazione e di condanna da italiani, i quali sembrano pensare che l'Italia fosse davvero la terra dei morti prima della rivoluzione francese; e che questa sola sia venuta ad accendere le prime faville nei nostri intelletti (1).

(1) L'anonimo scrittore sul sistema della terza istanza già da me ricordato scrive « se i propugnatori della terza istanza ponessero mente alle vere ragioni del loro sistema, saremmo tentati di credere, che non ne porterebbero gran vanto. » Qui dipinge con vivo e non lieto pennello i tempi del medio evo: l'Italia sbocconcellata in feudi, in signorie, in repubbliche; la mistura delle leggi feudali, statutarie, romane, canoniche; la colluvie delle legislazioni tra loro pugnanti; l'incertezza e la confusione negli ordini legislativi, e di conseguenza nei rapporti degli ordini giuridici dei cittadini; poi continua: « Fu in questi tempi, che si avvisò di ricorrere alla doppia sentenza conforme, quasi ad ancora di salvamento contro i facili abusi ed arbitrii nell'amministrazione della giustizia, quasi a stella polare nel pelago delle dissidenti opinioni del foro. E la cosa fu spinta a tal punto, che, fino a che due tribunali o giudici non si fossero trovati d'accordo nel decidere la questione, entrambi in un senso, la lite non terminava; quindi la necessità non solo di due giudizi, ma di tre, di quattro e di più, fino a che non fosse sortita l'araba fenice della doppia conforme. A prova di ciò ci riportiamo ai mille statuti che ebbero allora vita in Italia, fra i quali noteremo quelli di Modena... gli statuti di Sassuolo, del Frignano, di

Pure se vi ha tra le civili istituzioni alcuna, per la quale la scienza del diritto, più che colle

Monfestino. » Così il dotto scrittore, facendo colpa alla terza istanza fino del paese e dei tempi nei quali ebbe origine, così tratteggia un periodo storico di più secoli, che fu il periodo nel quale l' Italia, se non fu una ed ordinata nazione, visse almeno italiana e da sè; e fu il periodo di tutte le sue glorie e di tutte le sue grandezze; e le sue piccole repubbliche ebbero potenza di imperi; — e fu l'epoca in cui, quando in lunga notte giaceva il mondo, l' Italia già agitava nelle incomposte e ferventi sue repubbliche i più grandi problemi del governo e del vivere civile; ed era il solo astro che splendesse in quella notte; e fu in tutto, e a tutte genti maestra. — E così stigmatizza tutto il periodo di quell'età di mezzo, in cui, se gli elementi furono tumultuanti e confusi, furono però tutti gli elementi, e vividissimi tutti; e fu l' epoca di gestazione di questa nostra civiltà, che pare spesso non ricordarsi piu della madre, che per maledirla. — Se non che, più che il giudizio su questo punto di storia, che è l'evo medio, divide me dal dotto scrittore questione di metodo per lo studio della storia; e che non è, che un nuovo aspetto di quella, che io già dissi questione di orizzonti. — Evidentemente anche il dotto articolista appartiene a quella scuola politica francese, di cui già tenni discorso più volte in questa relazione, che nei popoli non trova che degli scolari ad erudire, nelle civili istituzioni e nei governi delle teorie da esperimentare, e nella storia tutto un passato da rinnovare e trasformare. — E così è che in quella antica storia italiana, e in quell' ostinato studio dei padri nostri verso le due conformi, non trova che la ricerca dell' araba fenice, non vede che insipienza e esorbitanze, e così passa oltre. — Io pure vedo le esorbitanze, e ravviso che il medio evo non è ancora il secolo XIX; ma vado innanzi, ed in faccia a quella storia dico a me stesso: che fu dunque ben pertinace e diffuso in Italia questo modo

sue astrazioni, debba fare i suoi calcoli col genio nazionale, e scendere a così dire col popolo nelle

di vedere, questo desiderio delle due conformi; e vi trovo un assai grave documento a studiare. — E non potrebbe essere, che, quale fu quello dei padri, tale perdurasse il sentimento dei figli? — E se così fosse, e, per forma d' ipotesi, il paese si levasse ancora a domandare ai suoi legislatori la soddisfazione delle due conformi, qual sarebbe quel bell' umore di filosofo, che avrebbe coraggio di dirgli in faccia: tutti pazzi; venite tutti a scuola da me? — E qual sarebbe anzi quel coscienzioso ed intelligente legislatore che non dicesse a sè stesso: ecco un sentimento nazionale a rispettare; ecco un sistema già additato dal voto nazionale, un sistema a cui non rimane che applicare gli studi e gli accorgimenti dell' arte nostra, onde correggervi gli eccessi onde trovare la migliore sua attuazione? — E forse che questa dello due conformi sia una così sottile e trascendente questione, che non vi possa per nulla, nè possa dirvi nulla il sentimento popolare? o si verrebbe a dirmi, che il volere quel metodo di giustizia sia tale intellettuale pervertimento, che faccia dovere al legislatore la resistenza ad ogni costo? — Io non riprodurrò qui le dottrine della scuola storica germanica, che, inneggiando al genio nazionale ed alla sua libertà, fini a non vedervi che un prodotto organico d' aria e di suolo da lasciarsi crescere come vien viene, e come portano quelle influenze; e nemmeno alle nostre discipline tradurrò la teoria del lasciar fare e del lasciar passare della scuola economica: ma mi ributta anche questa filosofia, che si mette a fare istituzioni pei popoli, badando a tutt' altro che ai popoli; e pretende imporre a questi, piacciano o non piacciano, le sue invenzioni, e cacciarli volenti nolenti, a spinte e ad urti sulle vie, ch'essa di proprio arbitrio ha prestabilito al loro progresso: e dico franco, che questa filosofia non so altrimenti caratterizzarla che come la quintessenza del dispotismo. —

pubbliche vie, e farsi a plebiscito, ed essere quello che io diceva diritto nazionale; e se vi ha istituzione, in cui la scienza, più che dettare di propria autorità, debba chiedere alle nazionali tradizioni ed invocare l' autorità della storia, io credo essere questa dell' ordinamento della suprema magistratura, nel fondo della quale giace nientemeno che uno dei più grandiosi problemi dell' umanità, e vediamo riprodursi quella perpetua antitesi del principio di *libertà*, senza la quale non vi è uomo, e del principio di *autorità*, senza la quale non vi è Stato nè cittadino; di questi due principii, dico, che costituiscono, e sembrano nel tempo stesso fare contradittoria, la nostra natura. — E i due principii non solo danno sentore di sè, ma sono già entrati come principali combattenti nella lizza; poichè, come vi accennavo in principio di questa relazione, voi sentite invocare il principio di autorità, dell' ordine, della regola, dai sostenitori della suprema Corte; contro i quali vedete levarsi, a nome del prin-

Questa scuola poi, che sembra non studiare la storia, che per dire ai figli che tutto fu barbarie presso i loro padri; e nella storia non vede che i fuscelli natanti alla sua superficie, la mi sembra pure una assai poco veggente e simpatica scuola. — E senza mettermi ad aggiungere teorie alle troppe che ho già fatte in questo lavoro, dirò con popolar modo, e con una frase, che non stenterà ad essere compresa da nessuno: studiamo, se vogliamo conoscere; intendiamo, se vogliamo essere intesi; — e sopratutto, non mettiamoci a ridere in faccia ai popoli; perchè anche i popoli si metteranno a ridere di noi; e fra i due non saremo noi gli ultimi a ridere.

Digitized by Google

cipio di libertà, della indipendenza delle minori magistrature, del libero esame, i propugnatori della terza Istanza. — Ora come decideremo noi la grave questione? — ed a dir meglio, quale sarà il giudice competente a pronunciare sovra di essa, se non il genio nazionale, esplorato in tutte le sue manifestazioni ed in tutti i suoi prodotti, investigato nel suo presente, studiato nel suo passato, ricercato quindi anche nella storia? Questo genio, dico, il quale solo può darvi contezza di sè e dei propri istinti, e dirvi quale più prediliga, a governo della istituzione giudiziaria, fra i due principii; e dirvi quanto esso possa inchinarsi a subire il giogo dell'autorità, e quanto sia in lui impulso verso il libero esame e sentimento di indipendenza e di libertà? — E fate a modo di esempio una suprema Corte con tutte le facoltà e con tutti i mezzi per regolare, correggere, unificare; onoratela di pompe, circondatela di maestà: ma se la corrente della pubblica opinione la investe contraria, e il terribile fanciullo avversa il maestro, chi farà stare il fanciullo, chi potrà difendere la Corte dal dissolvente di quella atmosfera? Chi potrà garantirvi che il controgenio, che l' umor nazionale non metta a sedere il ridicolo là dove voi avrete creduto di mettere il sublime? — E se l' Italia già diede aperto sentimento di sè stessa in quei giorni, in cui potè fare da sè, non sarà anzi quella storia, almeno per chi rispetta il proprio paese, un documento all'indirizzo, che l'Italia possa desiderare anche oggi che nuovamente può fare da sè stessa?

— E poichè io vi ho posto dinanzi questo popolare modo di sciogliere il quesito, permettete che anch'io mi pigli la mia parte di popolo in questo nazionale plebiscito; e che vi ripeta: che nella scienza, il mio voto è per la libertà del pensiero; e che io sono pel regime democratico delle tre istanze (1).

(1) Metto fuori una osservazione, che potrebbe non essere che una mia ubbia. Io credo che la Corte di cassazione, meno che in altri paesi d'Italia, possa sperare di ottenere simpatie in Lombardia. Le popolazioni di questa provincia posta alle porte della Germania, e prima tappa e luogo di deposito militare di tutte le invasioni germaniche che si successero in Italia, hanno, a preferenza delle altre popolazioni italiane, ereditato sangue, e con questo, temperamento ed intelletto germanico. La Lombardia è, — e lo è forse anche troppo — la terra della personalità, della padronanza dell' uomo su sè stesso, della libertà di pensare, della intolleranza di ogni autorità, che non sia la ragione; ed è, per indole, il paese più protestante d' Italia: — ed è una natura che ha un'espressione tutta sua in quel caratteristico *me ne infischio*, che è uno dei piu salienti tratti del fare lombardo. Roma papale ben mostrò di conoscere con quale fibra di popolo avesse a fare costì; e tutti sanno, con quale furia di carneficine e di roghi si affrettasse a troncare le vie alla riforma protestante, ai primi tentativi ch' essa fece in queste provincie. — Io coglierò anzi questa occasione per dire, che credo, che a questo carattere specialmente si debbà quell' impronta di razionalismo, che nel periodo or ora trascorso distingueva la giurisprudenza lombarda — giurisprudenza che ad altri parve digiuna solo perchè non la vedeva in toga di dottrina e con ciondoli di citazioni e di testi, ma col *frack* della semplice logica. Noi vogliamo essere convinti, e vogliamo capire: e anch' io pendo all' opinione dell' autore del Don Chischiotte, al quale pareva fuor di pro-

Io avrei ora ultimata la trattazione dell'argomento, sul quale vi piacque che io vi riferissi per primo il mio parere. Permettete però che, a significarvi intiero il mio pensiero, io vi aggiunga di tutto mio arbitrio un'appendice, che non vi occuperà a lungo; e non vi sembri strano che dopo avere spiegato così deciso il mio voto per la terza Istanza, contro la Cassazione, io mi faccia promotore

posito fare tanta fatica di gambe, per andar lontano a cercare fuori di noi, ciò che possiamo trovare così presso di noi, e forse più pulito e forbito, nella, nostra ragione. — Ora, se io dico il vero, ciascuno può imaginare quanto con questa natura, e con quel *me ne infischio* possa stare la istituzione della Corte, la quale, non giova il negarlo, nè fare questioni del più o del meno, è il cattolicismo romano introdotto nei tribunali e nella giurisprudenza.

Diversa fibra è la francese: e ciò pure, oltre le tante altre ragioni, che ho già toccato, concorre a spiegarmi il fatto delle profonde radici, che colà pose il sistema della Cassazione. Con tutta la sua furia proverbiale, e, tutto che in quei momenti, nei quali lo coglie la febbre, dia di quei terribili scrolli, che fan volare in frantumi troni e Governi, e fanno tremare sui suoi cardini tutta l'Europa all'intorno, con tutto questo, dico, il popolo francese è la più buona e maneggevole pasta di popolo che sia — nè si creda che io dica ciò per ironia o per ischerzo, parlando di un così grande e nobile popolo, a cui io come italiano professo la più viva riconoscenza d'avermi dato una patria, e che sarà sempre il migliore dei nostri amici e il più amabile dei nostri cugini — ed è il popolo il più fatto per lasciarsi governare e regolamentare. Ed onde non si creda che io voglia assumermi a tutto mio rischio questo giudizio, aggiungerò tosto, che così giudicano sè medesimi gli stessi francesi: e dirò il nome di uno dei più illustri di essi, di Remusat. — L'illustre filosofo e statista, in un lavoro, nel quale sfoga i liberali

di una transazione. — Forse non è ancora venuto il tempo di vincere al tutto le resistenze, che al sistema che io propugno oppongono abitudini diffuse nella maggior parte d'Italia; nè forse è ancora tempo, in cui possiamo sperare, che cessi al fine quella scipita sapienza, che, irridendo ed ignorando, risponde ad ogni esempio lombardo: istituzione dell'Austria, — e perciò non ardisco

suoi amori verso un cristianesimo e verso una religione « resi alla naturale loro spiritualità, senz'altra autorità che quella della parola sgombra da ogni apparato esteriore di comando » si ripiglia così « Ma pur troppo noi siamo ben lontani da questa condizione di cose; e i fedeli medesimi non vi sono disposti, meglio che lo sia il clero. Presso i primi, anche in materia spirituale governa questo bisogno di organizzazione, di regolamentazione, di amministrazione, che si può dire essere nel temperamento francese. Ogni emancipazione ci spaventa; l'indipendenza individuale non sembra essere nel genio nazionale. A noi bisogna che lo Stato si incarichi di servirci, in qualche guisa, anche la religione, al pari di tutto il resto, e non vogliamo avere la briga di andarcela a cercare da noi: essa al pari della legge non ci sembra possa essere obbligatoria, che in quanto essa è la espressione della volontà generale. » L'illustre scrittore poi continuando tocca un esempio italiano; e fa un confronto che è la più significativa conferma di questo mio saggio di filosofia politica: — In Italia la formola di libera Chiesa in libero Stato, è la formola dei più moderati. Molti, che pur sono moderatissimi in tutto il resto, non se ne accontentano; ed osservano, che, con questo raffronto tra la Chiesa e lo Stato, si dà ancora alla Chiesa il carattere di una potenza; di un qualche cosa di parallelo e di eguale allo Stato, ciò che loro sembra ancor troppo: essendochè lo Stato, come Autorità, nell'interno non patisca eguali e non abbia che dei sudditi; e non conosca che dei cittadini, e l'obbligo di rispettare e difendere l'indi-

sperare ancora di poter guadagnare interamente la lite. — Considerando però d'altro lato, che, siccome non tutte le parti che sono venuto notando nella istituzione della Corte sono egualmente indispensabili al sistema, così non sia a disperare di trovare almeno in queste una maggiore arrendevolezza per parte dei suoi propugnatori: sono venuto nel pensiero della concordia, che articolo sommariamente ed a cenni (1).

Punto in cui bene comprendo, che la Cassazione non potrebbe rinunciare senza abdicare a sè stessa, è quello che volge intorno al giudizio sulla

vidnale libertà di coscienza di ciascun cittadino. — Or bene, ricordando questo medesimo fatto italiano, e qnesta medesima formoia, ognuno sa, continua l'illustre scrittore, come questa teoria della libera Chiesa in libero Stato venisse accolta in Francia nel mondo cattolico; e come molti teologi, dei quali essa è l'ideale, non ardirebbero divulgare qnesto secreto della loro anima. — *Révue des deux mondes*, 1.° settembre 1864. *L' Église et l'État* par M. Charles de Rémusat — Così l' illustre scrittore, — seguendo il quale io conchinderò con questa osservazione: che non è a meravigliare, che il popolo il quale, fra i civili, è il più cattolico in religione, lo sia alcun poco anche in giurisprudenza.

(1) Quéste cose io scriveva prima del maggio ultimo scorso. Ora la posizione mi sembra cambiata alquanto e starei per disdire la transazione e cimentarmi ad una sentenza. Dopo aver veduto i fucili ad ago della Prussia, abbiamo alfine cominciato a dubitare che anche in Germania vi abbia alcun che a studiare e ad apprendere — ed ora la Direzione delle ferrovie di Vienna invita la Direzione delle nostre settentrionali a stabilire corse di piacere pel prossimo carnevale tra Vienna, Milano e Venezia; e sento dei buoni milanesi, che già hanno fatto assegnamento su quelle corse e su quel carnevale. — Chi l'avrebbe pensato nell' aprile passato!

prova del fatto. La Cassazione non potrebbe accettare questa parte della funzione giudiziaria, senza tramutarsi al tutto in terza Istanza, senza cessare di essere. Ma, concesso questo, io crederei di poter domandare: — primo: che la Corte si occupi anche del fatto, in quanto riguarda l'apprezzamento legale del medesimo. — Noi sappiamo, come alcune Corti di cassazione già siansi messe sullo sdrucciolo di questo giudicio, considerando il fatto come inducente una speciale legge per le parti; e considerando il travisamento del fatto per parte dei primi giudici, come la violazione di quella legge. Io propongo quindi, che un nuovo ordinamento della Corte sanzioni espressamente questa pratica. — E domando in secondo luogo, che la Corte si faccia carico d'ufficio di tutte le denunciate e non denunciate violazioni di legge, che riscontra nella causa portata al suo giudizio: — e terzo: che la Corte giudichi da sè, e senza rinvii. — Io non ripeterò nemmeno per questi due ultimi punti ciò che già ebbi a ragionare altrove: ricorderò solo, che li raccomandano autorità assai gravi. E appoggiano l'uno l'autorità di Romagnosi, e l' esempio dell'ora abolito codice penale di Napoli: e suggeriscono l'altro lo Sclopis, e l' esempio della Cassazione delle provincie renane della Prussia, come rilevo da Savigny. — Vi parrà forse che io faccia una strana mischianza di due contrarie istituzioni, e che giuoco colla logica: vi risponderei, che io credo, che siano a tutto guadagno anche le mancanze alla logica, quando riescono a racconciare la ragione.

SOMMARIO

Introduzione.

Postulato fondamentale: cercare quale delle due istituzioni meglio corrisponda al concetto ed ai fini speciali dell'Autorità giudiziaria. — Ripudiano alcuni questo criterio, ed opinano, che nel far giudizio della istituzione della Corte di cassazione si debba avere speciale riguardo ai suoi servizi politici. — È universalmente consentito che la terza Istanza è istituzione esclusivamente giudiziaria, e che la Corte di cassazione sia istituzione specialmente politica. — Storia esteriore della istituzione della Corte: procede dal Consiglio delle parti al tempo della vecchia monarchia francese: è istituita dall'Assemblea Costituente di Francia del secolo scorso. — Spiriti di questa assemblea. — Stato della giurisprudenza in Francia a quell'epoca.

I.ª Parte.

Si assegna alla Corte di cassazione come speciale suo còmpito quello di unificare la giurisprudenza — la unificazione della giurisprudenza non potrebbe aversi in conto di un servizio, se non a condizione che l'uniformità proceda a pari colla bontà: la Corte di cassazione non porge alcuna garanzia di una speciale attitudine a questo intento. — I sostenitori della Corte esagerano le influenze dell'uniformità di giurisprudenza sull'unità politica dello Stato, esagerano pure le difformità che può portare nella

giurisprudenza medesima il contrario sistema della libertà. — Digressione sul còmpito della giurisprudenza: come la giurisprudenza possa essere nazionale: in Italia importa tanto più di aiutare la formazione di una giurisprudenza nazionale, in quanto già la inclinano ad una imitazione straniera i codici di tipo straniero: la Corte è ostacolo alla libera espansione della intelligenza nazionale, ed alla formazione di una giurisprudenza nazionale. — La Corte non può ottenere l'intento di unificare la giurisprudenza; e ciò per diverse cause che concorrono a sottrarre alla cognizione della Corte una grandissima massa di affari, i quali costituiscono così tutta una giurisprudenza che vaga esiege fuori d'ogni influenza della Corte medesima; principali fra queste cause sono: i molti affari, che non vengono pure a cognizione della Corte, perchè le parti si rassegnano alla sentenza dei primi giudici, sia perchè persuase di questa, sia per non affrontare le gravi spese e perdita di tempo del ricorso in cassazione; — I molti altri affari che sfuggono all'azione della Corte, essendochè i minori giudici si studiano di sottrarsi a quel sindacato, appoggiando le loro sentenze su motivi di fatto: reazione delle minori magistrature contro la Corte di cassazione: esempio delle antiche provincie del regno: cenni statistici che dimostrano il piccolo numero degli affari venuti in cognizione della Corte di cassazione in confronto al numero delle sentenze proferite dalle Corti di Appello; — Le molte formalità delle quali è circondato il giudizio della Corte, che fanno sì che questa in molte cause respinga il ricorso, senza entrare nel merito dell'affare; — Di frequente la Corte stessa rompe l'uniformità mutando opinioni e pronunciando contro la precedente sua giurisprudenza; — La natura stessa della istituzione, che sottrae al giudizio della Corte tutta quella massa di cause, nelle quali la controversia versa sulla prova o sull'apprezzamento dei fatti: disastrose conseguenze nei rapporti della giustizia della separazione del giudizio di diritto dal giudizio sul fatto: si accennano i motivi che indussero i legislatori della Costituente a questa separazione: fra questi il

principale fu un sentimento di sospetto contro la magistratura: rapporti della istituzione della Corte colla filosofia francese del secolo XVIII. — Si toccano altri particolari del sistema della Corte: è contraddittorio che la Corte, mentre si professa istituita a preservazione della legge, non si faccia carico di riparare d' ufficio negli affari che le pervengono tutte le violazioni che vi riscontra, e si occupi unicamente di quelle che le vengono nominativamente rilevate dalle parti — è pure contraddittorio che, mentre si professa, che, quanto alle parti, la causa è già irreformabilmente giudicata dalla sentenza dei primi giudici, si ammetta poi un ricorso in Cassazione che, di fatto, riesce a costituire un terzo giudizio fra le parti sul medesimo oggetto — e si trova contraddittorio, che lo Stato faccia subire alle parti le spese ed i pericoli di questo nuovo giudizio, mentre si professa che questo non è per interesse delle parti medesime, ma solo per un interesse pubblico, cioè per interesse della legge. Sotto questo rapporto la Cassazione degenera in una terza Istanza. — Si esamina il metodo dei rinvii: esso pure discende da quel medesimo sospetto contro la magistratura che fece adottare la separazione del giudizio di diritto dal giudizio di fatto: esso è diretto a paralizzare il potere della Corte ed a ridurre anche questa ad un potere preservativo, una magistratura puramente negativa, che non dice la propria sentenza, ma solo cassa l' altrui: è però contraddittorio che la Corte ingiunga, al secondo rinvio, al nuovo giudice l' opinione colla quale dovrà indeclinabilmente proferire.

II.ª Parte.

Si pone la tesi, la quale è: che la separazione del giudizio di diritto dal giudizio di fatto è una logica impossibilità — si riportano passaggi di diversi scrittori, dei quali alcuni sostenitori, altri avversari alla separazione dei due giudizi. — Si precisa la opinione dei sostenitori della Corte, la quale si è: che la Cassazione deve rimanere estranea, non solo ad ogni controversia concernente

la prova del fatto, ma anche ad ogni questione, che rifletta l'apprezzamento legale del fatto medesimo — si concede essere logicamente possibile il fare, indipendentemente da ogni giudizio e supposto di fatti, dei pronunciati e commenti puramente teoretici, ma si nega che si possano fare giudizi di applicazione: — ragionando sui quali pronunciati si dimostra che essi non sono nè un giudizio, nè atto di funzione giudiziaria — e si accenna come, ridotta al solo cómpito di emettere astratte teorie, la Corte riesca a non essere che un commentatore, e come tale è fuor di proposito, che assuma aspetto e forme e produca alle parti incomodi e spese, come se fosse una magistratura — e come tale è fuori di proposito concederle autorità di un commento privilegiato con potere di imporre ad altri le proprie opinioni. — Questo privilegio traduce la Corte in potere legislativo che fa la legge in modo diverso da quello stabilito dallo Statuto per tutte le leggi. — Si esamina l'opinione di coloro che vogliono demandato alla Corte il potere di decidere le ambiguità della legge: si ricordano in contrario esempi francesi. — Quel medesimo privilegio costituisce autorità alla Corte sovra ciò che non può essere d'altra competenza che di quella della libera scienza: si ricordano le antiche maestranze: si accenna come l'autorità conferita alla Corte sulla scienza del diritto importerebbe di necessità nella Corte un potere su tutto lo scibile.

Quanto ai giudizi di applicazione, che sono l'oggetto speciale proprio della funzione e dell'Autorità giudiziaria, si sostiene che un giudizio di diritto, senza un giudizio di fatto, è una logica impossibilità: essendochè ogni imaginabile giudizio non sia che l'applicazione di un predicato ad un soggetto: essendochè ogni legge, non eccettuata la legge morale e la legge giuridica, non sia che la conseguenza degli esplorati modi di essere delle cose: essendochè, senza materia di fatto, non sia pur possibile alcuna attuazione del nostro intelletto — la Corte di cassazione, fondata sopra la contraddizione di questa legge dell'umano intelletto, e volendo separare due giudizi inseparabili, fu in pratica condotta a questi due opposti estre-

Digitized by Google

mi, o di mancare al proprio programma, invadendo il giudizio di fatto, o di condannarsi al silenzio anche in diritto; — si esamina l'opinione di coloro che pensano, che la separazione dei due giudizi possa operare ed avvenga nella materia penale innanzi alle assise.

Riassumendo, si accenna come la istituzione della Corte, sia contraddicendo alle leggi dell'umana ragione nella separazione dei due giudizi, sia volendo sposare un elemento politico all'elemento giudiziario, debba riuscire per necessità di cose ad una continua contraddizione a sè stessa — si ripropone l'opinione di quelli che pensano, che nel fare giudizio della istituzione della Corte vorrebbero specialmente tenerle conto dei suoi servigi politici: digressione sui rapporti tra il potere politico e l'Autorità giudiziaria: si esamina in qual modo l'Autorità giudiziaria possa conferire ai fini politici dello Stato: il sistema della Corte è derivazione di una scuola empirico politica di origine francese ora condannata anche in Francia: digressione su detta scuola.

III.ª Parte.

Ricordati i concetti fondamentali della istituzione della terza Istanza, si passano in rivista le principali obbiezioni che si fanno a questo sistema, e che sono: — che la terza Istanza, avendo giurisdizione sul diritto e sul fatto, potrebbe diventare una magistratura strapotente, soperchiatrice degli altri poteri dello Stato; — che, giudicando per sè senza rinvii, risulta ad un potere senza controlleria e quindi in dissonanza cogli spiriti degli attuali ordini politici fondati sulla controlleria di tutti i poteri; — che si abbasserà ad un triviale empirismo; — che si lascerà andare ad un vago sentimentalismo; — che non potrà essere capace alla gravità delle nuove questioni, che gli attuali ordini politici devolvono alla competenza dell'Autorità giudiziaria; — che la terza Istanza mancherà alla osservanza delle forme; — che la giurisprudenza della terza Istanza ottenebrata dal fatto sarà una casistica: si ritoccano i rapporti tra il diritto ed il fatto: si di-

scorre del senso della parola *casistica*, e si dimostra come la casistica, che sarebbe un difetto per il legislatore e nelle leggi, è una condizione del suo essere e del dovere per la magistratura, e per la funzione giudiziaria: e ritornando sulla istituzione della Corte di cassazione, si accenna, come la pretesa di fissare in una Corte o altro corpo qualsia il maneggio della giurisprudenza, risulti a fare del diritto una scienza chiusa, una scienza privilegiata, in contraddizione al naturale procedere di tutta la scienza; e risulti a far rivivere per la scienza legale i pregiudizi di casta, le separazioni e le albagie del medio evo, contrari ai liberali esempi di tutta l'arte e di tutta la scienza contemporanea: e si accenna come una Corte di cassazione, errante senza luce e freno dei fatti, è condotta per natura delle cose ad una giurisprudenza fantastica: ad una giurisprudenza meno atta anche alla comprensione di quelle ipotesi di fatto che sono il substrato di tutte le disposizioni di diritto: ad una giurisprudenza invaditrice della provincia del potere legislativo; — che la terza Istanza non può unificare la giurisprudenza; — che la terza Istanza non può mantenere la sua pretesa di conseguire sempre la conformità di due sentenze nella medesima causa; — che la terza Istanza non può piegarsi al desiderato che attualmente domina la comune opinione di ammettere nuove introduzioni in appello; — che può avvenire che vinca la causa la parte, che ebbe nel seguito dei tre giudizi il minor numero di voti — cenni storici sulla terza Istanza: essa è antica abitudine italiana ed accenna ad un sentimento, che deve imporre dei riguardi anche al legislatore — proposta di una transazione tra il sistema della Cassazione e quello della terza Istanza.

HAG 204422

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google